

Roope Tsupari

PERHESUHTEISIIN PERUSTUVA SYRJINTÄ TYÖHÖNOTOSSA

Maisteritutkielma
Syksy 2012

Lapin yliopisto
Oikeustieteiden tiedekunta; työoikeus

Lapin yliopisto, oikeustieteen tiedekunta

Työn nimi: Perhesuhteisiin perustuva syrjintä työhönotossa

Tekijä: Roope Tsupari

Opetuskokonaisuus ja oppiaine: Työoikeus

Työn laji: Tutkielma X Laudaturtyö__ Lisensiaattityö__ Kirjallinen työ__

Sivumäärä: VII + 72

Vuosi: syksy 2012

Tiivistelmä:

Tutkielma käsittelee potentiaalisen vanhemmuuden motivoimaa syrjintää työhönotossa eli tilannetta, jossa työnantaja kohtelee erilalla työnhakijoita sillä perusteella, uskooko tämä heidän pyrkivän saamaan lapsia tulevaisuudessa. Työnantajalle työntekijän vanhempainvapaiden käyttämisestä mahdollisesti aiheutuvat lisäkustannukset voivat toimia työnantajalle perusteena pyrkiä välttelemään työnhakijoita, joiden tämä arvioi todennäköisemmin saavan lapsia. Tutkimuksessa pyritään selvittämään nykyisen lainsäädännön toimivuutta edellä mainitun kaltaisen syrjinnän tunnistamisessa sekä säädösten antamaa suojaa kyseisellä perusteella syrjityksi tulleen työnhakijalle.

Vanhemmuus on erityisesti mainittu kiellettynä syrjintäperusteena tasa-arvolaissa. Mahdollisen tulevan vanhemmuuden perusteella tapahtuvassa erilaisessa kohtelussa työnantaja voi kuitenkin pyrkiä kiinnittämään huomiota varsinkin hakijan perhesuhteisiin uskoessaan niiden kertovan tämän mahdollisista lapsisuunnitelmista. Näin ollen myös työsopimuslaissa mainittu ja yhdenvertaisuuslakiinkin sisältyvä perhesuhdesyrjinnän kieltä muodostuu käsiteltävän aihepiirin kannalta merkitseväksi.

Tutkielmassa tarkastellaan lisäksi erityisesti perhesuhteita koskevien tietojen merkitystä työhönottotilanteessa, sillä sekä tasa-arvolakiin että yhdenvertaisuuslakiin sisältyvän todistustaakkasäännöksen vuoksi niillä voi olla erityistä merkitystä syrjintäasiassa, etenkin tuomioistuinkäsittelyssä. Koska tutkielma on kirjoitettu korostuneesti syrjityksi tulleen tai sitä epäilevän työnhakijan näkökulmasta, selvitetään siinä myös lainsäädännön takaamaa oikeussuojaa syrjitylle sekä viranomaistahoilta saatavaa apua. Lisäksi kirjoituksessa tarkastellaan lyhyehkösti perhesuhdesyrjintää työsyrintärikoksena.

Johtopäätöksissä todetusti nykyinen yhdenvertaisuuslainsäädäntö soveltuu varsin hyvin myös aihepiirin mukaisen vanhemmuuden perusteella tapahtuvan syrjinnän arviointiin, ja edellä mainitun todistustaakkasääntelyn ansiosta hyvitysseuraamuksen tuomitseminen tällaisissa tapauksissa ei jää ainoastaan teoreettiseksi mahdollisuudeksi. Toisaalta perhesuhdesyrjinnän puuttuminen nimenomaisesti yhdenvertaisuuslaista sekä yleisemmin yhdenvertaisuuslainsäädännön sekavuus aiheuttavat tiettyjä ongelmia.

Avainsanat: työhönotto, perhesuhteet, sukupuolisyrjintä, vanhemmuus, työsyrintärikos.

Muita tietoja:

Suostun tutkielman luovuttamiseen Rovaniemen hovioikeuden käyttöön X

Suostun tutkielman luovuttamiseen kirjastossa käytettäväksi X

Suostun tutkielman luovuttamiseen Lapin maakuntakirjaston käytettäväksi X

SISÄLLYS

Tiivistelmä	II
Sisällys	III
Lähteet	IV
1 JOHDANTO	1
2 KESKEISIÄ KÄSITTEITÄ JA LÄHTÖKOHTIA	11
2.1 Työhönotto	11
2.2 Syrjinnän käsite keskeisiltä osilta	13
2.2.1 Yleistä	13
2.2.2 Välitön syrjintä	15
2.2.3 Välillinen syrjintä	16
2.2.4 Menettely, jota ei pidetä syrjintänä	18
2.2.5 Vastatoimien kieltä	20
2.3 Todistustaakka syrjintäasiassa	21
3 LAIN VANHEMMUUTTA SUOJAAVAT SYRJINTÄKIELLOT	24
3.1 Sukupuolisyrjinnän kieltä	24
3.1.1 Tasa-arvolaista ja sen kehityksestä	24
3.1.2 Työhönoton syrjintäkiellot tasa-arvolaisissa ja EU-oikeudessa	27
3.1.3 Työnantajan velvollisuus selvittää valintapäätöstä	31
3.2 Perhesuhdesyrjinnän kieltä	32
3.2.1 Yleistä	32
3.2.2 Perhesuhdesyrjinnän kieltä ja vanhemmuus	35
4 PERHESUHTEITA KOSKEVAT TIEDOT TYÖHÖNOTOSSA	37
4.1 Kysyminen hakijan perhesuhteista	37
4.2 Perhesuhdekysymysten perustelu työnantajan puolelta	40
4.3 Perhesuhdetietojen esilletulo työnhakijan taholta	43
4.4 Asiattomien kysymysten merkitys tuomioistuinkäsittelyssä	45
5 SYRJITYN OIKEUSSUOJA	47
5.1 Aluksi	47
5.2 Tasa-arvoviranomaisten ja työsuojeluviranomaisten apu	48
5.3 Hyvityskanne tuomioistuimessa	50
5.4 Vahingonkorvaus työsopimuslain ja vahingonkorvauslain nojalla	53
5.5 Työsyrjintärikos	55
6 LOPUKSI	62

LÄHTEET

KIRJALLISUUS

- *Ahtela, Karoliina – Bruun, Niklas – Koskinen, Pirkko K. – Nummijärvi, Anja – Saloheimo, Jorma.* Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus. Talentum. Helsinki 2006.
- *Anttila, Outi.* Sukupuolisyrynnän kieltö Suomen ja EU:n oikeudessa. Edilex. Asiantuntijakirjoitukset. (www.edilex.fi, 26.9.2012)
- *Hautera, Teija.* Tasa-arvolain ansioituneisuusvertailu työhönottotilanteissa. Edilex. Oikeustieto 2010/5. (www.edilex.fi, 14.3.2012)
- *Huusko, Liisa.* Työoikeus on tärkeä elementti jo rekrytoinnissa. Edilex. Asiantuntijakirjoitukset. (www.edilex.fi, 4.10.2012)
- *Kairinen, Martti – Koskinen, Seppo – Nieminen, Kimmo – Ullakonoja, Vesa – Valkonen, Mika.* Työoikeus. Sanomapro, juridiikkaonline. (<http://onlinepalvelu.sanomapro.fi><http://www.wsoypro.fi/>, 10.3.2012)
- *Koskinen, Seppo.* Työhönotossa kerättävät tiedot ja työnhakijan yksityisyyden suoja. Edilex. Asiantuntijakirjoitukset. (www.edilex.fi, 17.9.2012)
- *Koskinen, Seppo – Alapuranen, Leena – Heino, Anna-Maija – Salli, Minna.* Henkilötietojen käsittely työelämässä. Edita. Helsinki 2005.
- *Koskinen, Seppo – Hyvärinen, Anu.* Raskautta ja perhesuhteita koskevien tietojen kerääminen työhönotossa ja työsuhteen aikana. Edilex. Asiantuntijakirjoitukset. (www.edilex.fi, 13.9.2012).
- *Koskinen, Seppo – Nieminen, Kimmo – Valkonen, Mika.* Työhönotto ja työsopimuksen ehdot. WSOYpro. Helsinki 2008.
- *Koskinen, Seppo – Ullakonoja, Vesa – Vento, Harri.* Työrikos. Lapin yliopistopaino. Rovaniemi 2008.
- *Kuikko, Tapio.* Uusi työturvallisuuslaki. 2., uudistettu painos. Talentum. Helsinki 2003.

- *Kuoppamäki, Markku.* Yhdenvertaisuus ja syrjintä työelämässä. Edita. Helsinki 2008.
- *Lappi-Seppälä, Tapio – Hakamies, Kaarlo – Koskinen, Pekka – Majanen, Martti – Melander, Sakari – Nuotio, Kimmo – Nuutila, Ari-Matti – Ojala, Timo – Rautio, Ilkka.* Rikosoikeus. Sanomapro, juridiikkaonline. (<http://onlinepalvelu.sanomapro.fi>, 3.10.2012)
- *Nieminen, Kimmo.* Tasa-arvolaki työsuhteessa. WSOY. Helsinki 2005.
- *Nieminen, Kimmo.* Perhevapaat. WSOY. Helsinki 2003.
- *Nyyssölä, Mikko.* Yksityisyyden suoja työsuhteessa. Wsoypro. Helsinki 2009.
- *Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha.* Suomen vahingonkorvausoikeus. Talentum. Helsinki 2006.
- *Saarinen, Mauri.* Työsuhteen pelisäännöt. 4., uudistettu painos. Talentum. Helsinki 2005.

VIRALLISLÄHTEET

- HE 111/2012. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi sairausvakuutuslain, lasten kotihoidon ja yksityisen hoidon tuesta annetun lain 4 ja 6 §:n muuttamisesta sekä lasten päivähoitosta annetun lain 11 a §:n muuttamisesta.
- HE 67/2008. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi yhdenvertaisuuslain 7 §:n muuttamisesta.
- HE 195/2004. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta.
- HE 94/1993. Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- HE 309/1993. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

- HE 63/1992. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain 9 ja 14 §:n muuttamisesta.
- HE 57/1985. Hallituksen esitys eduskunnalle naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.
- KM 2009:4. Yhdenvertaisuustoimikunnan mietintö. Ehdotus uudeksi yhdenvertaisuuslaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- II LaVM 4/1986 vp. Lakivaliokunnan toinen mietintö koskien hallituksen esitystä eduskunnalle naisten ja miesten välistä tasa-arvoa koskevaksi lainsäädännöksi.
- 2000/43/EY. Neuvoston direktiivi rodusta tai etnisestä alkuperästä riippumattoman yhdenvertaisen kohtelun periaatteen täytäntöönpanosta.
- 2000/78/EY. Neuvoston direktiivi yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista.
- 92/85/ETY. Neuvoston direktiivi toimenpiteistä raskaana olevien ja äskettäin synnyttäneiden tai imettävien työntekijöiden turvallisuuden ja terveyden parantamisen kannustamiseksi työssä.
- 76/207/ETY. Neuvoston direktiivi miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen toteuttamisesta mahdollisuuksissa työhön, ammatilliseen koulutukseen ja uralla etenemiseen sekä työoloissa.
- 79/7/ETY. Direktiivi miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä.

OIKEUSTAPAUKSET

- KKO:2005:25
- KKO:2001:9
- KKO:1992:7
- Helsingin HO S 09/2057
- Helsingin HO S 03/435

- Itä-Suomen HO R 96/67
- Itä-Suomen HO R 96/480
- Kuopion KäO R 69/300
- EYT C-207/98 (*Mahlburg*)
- EYT C-137/94 (*The queen v Secretary of State for Health*)

MUUTA

- Tasa-arvovaltuutetun lausunto 30.11.2010 (TAS/370/2010).
(www.tasa-arvo.fi/tasa-arvovaltuutettu/lausuntoja > 2010, 4.10.2012)
- Tasa-arvolautakunnan lausunto 25.3.2004 (TAS/2/2004).
(www.stm.fi/stm/neuvottelukunnat/tasa_arvo/lausunnot, 5.10.2012)
- 6+6+6 –malli vanhempainvapaan uudistamiseksi. Terveiden ja hyvinvoinninlaitos – Päätösten tueksi 1/2010. (www.thl.fi/julkaisut > Verkkojulkaisut > Päätösten tueksi, 5.10.2012)
- *Perhevapaavalinnat ja perhevapaiden kustannukset - sukupuolten välisen tasa-arvon jarruina työelämässä?* Sosiaali- ja terveysministeriön selvityksiä 69/2007.
(www.stm.fi/julkaisut/selvityksia-sarja > 2007, 5.10.2012)
- *Lausunto vanhempainvapaakustannusten jakamiseksi yhteisvastuullisesti.* Yrittäjänäisten keskusliiton lausunto sosiaali- ja terveysministeriön vanhempainvapaatyöryhmälle. (www.yrittajanaiset.fi > Keskusliitto > vanhemmuuden kustannukset, 5.10.2012)

1 JOHDANTO

Toisin kuin julkisella puolella yksityisellä sektorilla on usein ajateltu, että työnantajalle kuuluu lähes rajoittamaton oikeus valita sopivana pitämänsä henkilö haettuun tehtävään. Työhönoton on haluttu, edellä mainitun tavoitteen vuoksi, säilyvän sääntelemättömänä. Työhönotto, ja siihen luettavissa oleva työsopimuksen tekeminen, ovat niin ikään jääneet vähemmälle huomiolle eri työoikeudellisissa tutkimuksissa, vaikka ne ovat perinteisiä ja keskeisiä työoikeuden kysymyksiä. Vaikka huomio siis usein kiinnittyykin enemmän muun muassa työsuhteen päättämisedellytyksiin ja työsopimuksen ehtoihin, on lainsäädännössä kuitenkin merkittävästi rajoitettu myös työnantajan vapaata valintaoikeutta uuden työntekijän valinnassa.¹

Kuten työsopimuslain 2 luvun otsikko, *työnantajan velvollisuudet*, osoittaa, syrjintäkielossa on kyse työnantajan velvollisuuksista eli velvollisuudesta kohdella työntekijöitä ja myös työnhakijoita tasapuolisesti ja syrjimättä ketään. Erilainen kohtelu edellyttää aina pätevää perustetta. Tästä seuraa edelleen, että edellä kuvatus velvollisuuden vastinparina syrjimätön ja tasapuolinen kohtelu on yhtälailla työntekijälle ja työnhakijalle kuuluva oikeus.

Työsopimuslain 2 luvun 2 pykälän 2 momentissa mainitaan erityisesti, että työnantajan tulee noudattaa samaisessa pykälässä säädettyä syrjintäkieltoa myös työhönottotilanteessa. Kiellettyä syrjintää voi tapahtua avointa työpaikkaa ilmoitettaessa, haastatteluun kutsuttavia valittaessa, esitettäessä hakijoille kysymyksiä haastattelutilanteessa sekä tietysti varsinaisessa työntekijän henkilövalinnassa. Työhönoton käsitteen sisältöä ei ole työsopimuslaissa varsinaisesti määritelty, mutta työhönoton voidaan katsoa alkavan työpaikkailmoittelulla. Työsopimuslain syrjintäsäännös kieltääkin säännöksessä mainittujen perusteiden käyttämisen työpaikkailmoituksissa, mikäli sille ei ole laissa tarkoitettua hyväksyttävää syytä. Jotta syrjintäkieltoa voidaan rikkoa, tulee kyseessä olla aito työnhakutilanne. Syrjintäkiellolla ei siis suojata yleisiä työpaikkatiedusteluja tai hakemuksia. Rikkominen edellyttää niin ikään työnhakuprosessin käynnistämistä, mutta se ei välttämättä edellytä kenenkään hakijan palkkaamista, sillä myös prosessin keskeyttäminen syrjivästä syystä voi olla

¹ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 1–2

kiellettyä syrjintää. Työnantaja esimerkiksi päättää jättää haastattelematta ainoan hakijan, koska pitää tätä perusteetta liian vanhana haettuun tehtävään.²

Työnantajan valinnanvapautta valita uusi työntekijä voivat rajoittaa niin työnhakijoiden yhdenvertaisen kohtelun vaatimus kuin nykyisten ja entisten työntekijöiden oikeudet, esimerkiksi palveluksessa jo olevan määräaikaisen työntekijän oikeus vakinaiseen työsuhteeseen ennen uutta työntekijää. Valinnanvapautta uusien työntekijöiden välillä rajoittavat pääasiassa työsopimuslain säännökset syrjintäkiellosta ja tasapuolisesta kohtelusta.³ Työsopimuslain pykälässä mainitaan vain yleisluontoisesti asiat, joiden perusteella eri asemaan asettaminen on kiellettyä syrjintää. Itse syrjinnän sisältö, ulottuvuudet ja sen seuraukset määritellään sukupuoleen perustuvan syrjinnän osalta tasa-arvolaissa ja muiden syrjintäperusteiden osalta yhdenvertaisuuslaissa.

Yhdenvertaisen kohtelun vaatimus ja syrjinnän kiellot ovat luonnollisesti myös perustuslaissa tunnustettuja oikeuksia ja niitä vastaavat säännökset löytyvät myös kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista ja Euroopan unionin oikeudesta. Euroopan yhteisön tuomioistuimen ratkaisut ja tasa-arvodirektiivit ovatkin olleet suurena vaikuttimena esimerkiksi eräisiin tasa-arvolakiin tehtyihin muutoksiin.⁴ Yhdenvertaisuuslailla puolestaan saatettiin voimaan Euroopan yhteisön rotusyrjintädirektiivi (2000/43/EY) ja samanarvoista kohtelua koskeva direktiivi (2000/78/EY).⁵ Perusteeton erilainen kohtelu työhönotossa voi tulla arvioitavaksi myös rikoslain 47 luvun 3 §:n mukaisena työsyryntärikoksena.

Jo edellä mainitun työsopimuslain tasapuolista kohtelua ja syrjintää koskevassa säännöksessä kielletään työntekijöiden eri asemaan asettaminen ilman hyväksyttävää perustetta iän, terveydentilan, vammaisuuden, kansallisen tai etnisen alkuperän, kansalaisuuden, sukupuolisen suuntautumisen, kielen, uskonnon, mielipiteen, vakaumuksen, perhesuhteiden, ammattiyhdistystoiminnan, poliittisen toiminnan tai muun näihin verrattavan seikan vuoksi. Lisäksi sukupuoleen perustuva syrjintä on kielletty tasa-arvolaissa. Työsopimuslain pykälä sisältää niin ikään viittauksen

² Kairinen ym.; III OIKEUDET JA VELVOLLISUUDET TYÖSUHTEESSA > 1. Yhdenvertainen kohtelu > Yhdenvertaisuus työhönotossa

³ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 1

⁴ HE 63/1992 vp, s. 3–4

⁵ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 28

yhdenvertaisuuslakiin, jonka mukaan syrjinnän käsitteestä, vastatoimista ja todistustaakasta syrjintäasiassa säädetään yhdenvertaisuuslaissa.

Jäljempänä tarkemmin esille tulevien perustelujen mukaan on selvää, että perhesuhteet kuuluvat myös yhdenvertaisuuslain alaan, vaikka sen esimerkkilistassa ei varsinaisesti mainita perhesuhteita syrjintäperusteena. Yhdenvertaisuuslain 6 § sisältää lavennuksen *muu henkilöön liittyvä peruste*, mikä kattaa myös perhesuhdesyrjinnän. Yhdenvertaisuuslain 9 §:n mukaisen hyvityksen tuomitseminen perhesuhdesyrjinnästä ei kuitenkaan liene mahdollista pelkästään *muun henkilöön liittyvän perusteen* tuella.⁶

Vaikka perhevapaita koskeva sääntely nykyisin onkin hyvin pitkälle sukupuolineutraali mahdollistaen isien osallistumisen lapsen hoitoon ja sitä kautta myös miesten työnantajien osallistumisen vanhemmuuden kustannusten jakamiseen, ovat vanhempainvapaiden ja hoitovapaiden käyttäjät lähes poikkeuksetta äitejä. Näin ollen työnantajalle syntyy käytännön peruste suosia miespuolisia hakijoita, mikäli hän uskoo työntekijän perheen perustamisesta seuraavaan ylimääräisiä kustannuksia työnantajalle. Tämä näyttääkin yhä olevan totta myös uusimpien tutkimusten mukaan, vaikka yhteiskunta osallistuukin kustannuksiin erilaisten korvausten kautta. Ongelmana eivät ole niinkään suorat vanhemmuudesta työnantajalle aiheutuvat kustannukset vaan ns. epäsuorat kustannukset, kuten henkilöstön liikkuvuudesta ja vaihtuvuudesta aiheutuvat kustannukset. Epäsuorien kustannusten tutkiminen on kuitenkin vaikeampaa eikä täysin selviä lukuja ole saatavilla.⁷ Kuitenkin eräs arvio lapsensaannin aiheuttamista kokonaiskustannuksista työnantajalle on Yrittäjänäisten keskusliiton selvitys, jonka mukaan Yrittäjänäisten keskusliiton selvitysten mukaan yksi vauva maksaa äidin työnantajalle 12 000 euroa.⁸

Tasa-arvovaltuutettu on 30.11.2010 antamassaan lausunnossa (TAS/370/2010) vastannut kysymykseen saako työhaastattelussa kysyä raskaudesta, lastenhoidosta tai perheasioista. Lausunnossa todetaan, että tasa-arvovaltuutetun toimistoon tulee vuosittain useita vastaavia tiedusteluja.⁹ Lausunto osoittaa omalta osaltaan käsiteltävää ongelmaa, vaikka tasa-arvolaki on ollut voimassa jo pitkään ja on hyvin selkeä

⁶ Kuoppamäki, s. 160–161

⁷ Perhevapaavalinnat ja perhevapaiden kustannukset, s. 53–57

⁸ Yrittäjänäisten keskusliiton lausunto vanhempainvapaakustannusten jakamiseksi yhteisvastuullisesti.

⁹ Tasa-arvovaltuutetun lausunto 30.11.2010

edellämainitunlaisten kysymysten osalta, näitä asioita silti tiedustellaan lainvastaisesti työnantajien taholta. Oletettavasti näin saatuja tietoja hakijoiden perhetaustasta tai raskaudesta myös hyödynnetään valinnassa. Yhtälailla voidaan olettaa, etteivät läheskään kaikki hakijat, joilta tämän tyyppisiä kysymyksiä esitetään, tiedustele niiden sallittavuutta tai osaa edes epäillä tätä. Niin sanotusti pinnan alle jää siten varmasti vielä huomattava määrä työhönottotilanteita, joissa ei toimita lainmukaisesti tai joissa valintaan vaikuttavat kielletyt valintaperusteet.

Tutkimuksen lähestymistapa on lähinnä lainopillinen eli oikeusdogmaattinen pyrkimyksenään tuoda esiin voimassaolevan lainsäädännön monikirjavuutta suhteessa tarkasteltavana olevaan tutkimusongelmaan. EY- tason sääntelyllä on tutkimuksessa itseoikeutettu rooli, mutta suuremman painoarvon saa kansallinen yhdenvertaisuus- ja työlainsäädäntö. Tulkinta-apuna ovat erityisesti lakien esityöt sekä myös muiden tahojen, kuten tasa-arvovaltuutetun, ei-sitovat kannanotot. Näiden sallittujen ja heikosti velvoittavien oikeuslähteiden merkitys, oikeuskäytännön ohella, on nähdäkseni huomattava sukupuoleen ja perhesuhteisiin liittyvien syrjintäsäädösten käytännön tason ratiota hahmotettaessa sekä tulevaisuuden kehityssuuntia luonnosteltaessa.

Tasa-arvon ja perhesuhteiden vahvasta kulttuurisesta sidonnaisuudesta johtuen puhtaasti oikeusvertailevan tutkimusmetodin käyttö ei tutkimuksessani ole laajemmalti mielekästä poislukien de lege ferenda –tyyppinen kannanotto mahdollisesti Suomessakin käyttökelpoisista lainsäädännön kehityssuunnista. Nykymuotoisen tasa-arvolain tulkinnassa, sen keskeisestä asemasta johtuen, olen hyödyntänyt osaksi myös oikeushistoriallista metodologiaa pyrkien näin avaamaan tasa-arvosääntelyn kehitystä nykypäivään.

Tutkielman tarkoituksena on tarkastella nimenomaan potentiaalisen vanhemmuuden ja perheenhuoltovelvollisuuden motivoimaa syrjintää työhönotossa eli tilannetta, jossa työnantaja kohtelee erilailla työnhakijoita, jotka ovat sellaisessa iässä, että lapsensaaminen ja sitä myöten vanhempainvapaiden käyttö on todennäköistä. Tilanne, jossa työnhakija on raskaana ja tulee syrjityksi tämän takia ei sinänsä kuulu rajattuun aihealueeseen ainakaan siltä osin kun on kyse ns. näkyvästä raskaudesta. Alkuvaiheen raskaus kuitenkin luonnollisesti samaistuu tiettyssä määrin mahdolliseen tulevaan

vanhemmuuteen, joten tietyiltä osin esitetty soveltuu myös raskaana olevan työnhakijan syrjintään työhönotossa.

Kirjoituksen näkökulmana on korostuneesti syrjityn työnhakijan näkökulma, eikä jäljempänä siten käsitellä muun muassa tasa-arvon edistämismenettelyjä, kuten työnantajan velvollisuutta laatia tasa-arvosuunnitelma tai esimerkiksi tasa-arvolautakunnan oikeutta kieltää syrjivä menettely. Nämä eivät varsinaisesti vaikuta yksittäistapauksessa tietyn työnhakijan kohdalla vaan esimerkiksi jäljemmän tarkoitus on lähinnä kieltää kyseisen työnantajan lainvastainen menettely tulevaisuudessa. Rikoslain rangaistavaksi säädetty työsyryntärikos kohdistuu luonnollisesti etupäässä sen vastaisesti toimineeseen työnantajaan, mutta sillä, täyttääkö työsyryntä myös työsyryntäriksen tunnusmerkistön voi olla huomattavaa merkitystä myös syrjityn työnhakijan kannalta.

Vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n mukaan oikeus korvaukseen loukkauksen aiheuttamasta kärsimyksestä on muun muassa sillä, jota on rangaistavaksi säädettyllä teolla syrjitty. Koska toisen aihepiirille keskeisen syrjintäkiellon, perhesuhdesyrjinnän, rikkomisesta ei voida tuomita maksettavaksi hyvitystä, on tällä perusteella syrjitylle erityistä merkitystä sillä, täyttääkö menettely työsyryntäriksen tunnusmerkistön. Hyvityksenseuraamuksen tarkoituksena on hyvittää nimenomaan syrjinnän aiheuttama loukkaus, ja vahingonkorvauslain edellä mainittu kärsimyskorvaus voidaan siten nähdä sille vaihtoehtoisena korvausmenettelynä. Lisäksi asian rikosoikeudellinen käsittely merkittävästi helpottaa syrjityn mahdollisuuksia esittää omat vaatimuksensa työnantajalle, kun virallinen syyttäjä vastaa prosessin käynnistämisestä.

Työnantaja voi pyrkiä välttelemään yleisesti naispuolisia hakijoita, jolloin ensimmäinen huomio kiinnittyy tasa-arvolain sukupuolisyryntää koskeviin säännöksiin tai työnantaja voi kohdella erilailla esimerkiksi henkilöitä, jotka ovat avioliitossa, jolloin perhesuhdesyrjinnän kiello vaikuttaa relevantimmalta. Työsopimuslaissa erikseen mainittuun ja yhdenvertaisuuslain *muuhun henkilöön liittyvään perusteeseen* kuuluvan perhesuhdesyrjinnän kiellon alaan kuuluu sinänsä erilainen kohtelu esimerkiksi sen perusteella, onko hakija avo- tai avioliitossa tai vaikkapa yksinhuoltaja. Tämän syrjintäkiellon osalta kysymys on käsiteltävän aihepiirin kohdalla korostuneesti siitä

kohtelee työantaja hakijaa erilailla hänen perhetaustansa vuoksi siksi, että se kertoo tämän mahdollisesta halukkuudesta käyttää laissa turvattuja vanhempainetuksia.

Työsopimuslain perhesuhdesyrjinnän ja tasa-arvolain sukupuolisyryjinnän kielto menevät paljolti päällekkäin toistensa kanssa. Tasa-arvolain 7 §:n 2 momentin 2 kohdan mukaan välillisenä syryjintänä pidetään eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella.¹⁰ On siis mahdollista että edellämainitunlaisiin tilanteisiin soveltuvat sekä tasa-arvolain mukainen sukupuolisyryjinnän kielto että perhesuhdesyryjinnän kielto. Koska yhdenvertaisuuslaki ja tasa-arvolaki myös lakeina vastaavat sisällöltään monelta osin toisiaan, käsittelen ensiksi niille yhteisiä ja relevantille syryjintäsääntelylle keskeisiä piirteitä omassa luvussaan, jonka jälkeen tarkastelen perhesuhdesyryjinnän ja sukupuolisyryjinnän kielloja omassa luvussaan.

Jäljempänä käsiteltävän todistustaakkasääntelyn vuoksi työantajan perhesuhteista esittämät kysymykset muodostuvat kyseessä olevan asian kannalta erityisen merkityksellisiksi sekä sukupuolisyryjinnän että perhesuhdesyryjinnän kannalta. Tämän vuoksi perehdyn niihin niin ikään omassa luvussaan. Perhesuhdetäustasta esitettävistä kysymyksistä esitetty koskee luonnollisesti yhtäläillä relevantteja tasa-arvolainkin syryjinnänkielloja, vaikka nimi näyttäisikin viittaavan enemmän perhesuhdesyryjinnän kieltoon. Lopuksi arvioin keskeisten lakien tarjoamaa oikeussuojaa syryjitylle sekä yleisluontoisesti työsyryjinnän rikosoikeudellista puolta. Heti aluksi on todettava työsyryjintärikoksen olevan kyseisen aihepiirin osalta hieman ongelmallisempi näyttökysymyksen vuoksi. Koska rikosoikeudessa ei luonnollisestikaan voida soveltaa jäljempänä lähemmin tarkasteltavaa osittain käännettyä todistustaakkaa, voi syyttäjän käytännössä olla vaikea näyttää toteen mahdollista työsyryjintää käsiteltävään aihepiiriin kuuluvissa tapauksissa. Toisaalta jäljemmässä tarkastelussa havaitaan myös, että työsyryjintärikoksen käsittelyssä voidaan todistustaakka jakaa tietyssä tilanteessa hyvin poikkeavalla tavalla.

Tasa-arvolaissa ja yhdenvertaisuuslaissa on erityisesti helpotettu syryjityksi tulleen mahdollisuuksia näyttää toteen tapahtunut syryjintä. Työnhakijan pystyessä esittämään riittävässä määrin näyttöä tapahtuneesta syryjinnästä todistustaakka asiassa kääntyy

¹⁰ *Kuoppamäki*, s. 161

työnantajalle, jonka on edellisen seurauksena esitettävä näyttöä siitä, ettei syrjintää ole tapahtunut. Työnhakijalle hakutilanteessa esitetyt kysymykset tämän perhetilanteesta tai lapsenhankintasuunnitelmista yhdessä valituksi tulleen henkilön huomattavasti vähäisemmän ansioituneisuuden kanssa voivat kääntää todistustaakan työnantajalle. Koska ansioituneisuusvertailu valituksi tulleen ja valitsematta jääneen välillä on edellä mainitun takia tärkeää valinnan asianmukaisuuden varmistamiseksi, on laissa säädetty työnhakijan oikeudesta saada tietoja muiden hakijoiden ansioista.

Yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen ja syrjinnän kiellon tuntee myös Suomen perustuslaki, jonka 6 §:n voidaan nähdä olevan muun tarkemman yhdenvertaisuus- ja syrjintäsääntelyn pohjana. Säännös kieltää eri asemaan asettamisen muun muassa sukupuolen tai *muun henkilöön liittyvän syyn* perusteella. Pykälä sai muotonsa vuoden 1995 perusoikeusuudistuksessa ja tuli sellaisenaan vuoden 2000 perustuslakiin. Perusoikeussäännösten uudistamiseksi annetun hallituksen esityksen¹¹ mukaan säännöksessä tarkoitettuun muuhun henkilöön liittyvään syyhyn kuuluvat esimerkiksi perhesuhteet.¹²

Vuoden 1919 hallitusmuodossa yhdenvertaisuuden vaatimus ilmaistiin muodossa *kansalaiset* ovat yhdenvertaisia lain edessä. Kuten sanamuoto osoittaa, alkujaan yhdenvertaisuussäännöksen katsottiin koskevan enemmän julkista valtaa kuin yksityistä tahoa. Vaikka perusoikeussäännösten terävin kärki kohdistuu edelleen perinteisesti julkisen vallan käyttöön, on niiden yhteydessä käyty myös runsaasti keskustelua niiden merkityksestä yksityisten välisissä suhteissa. Perusoikeussäännöksen ns. yksityisellä ulottuvuudella voi olla merkitystä tapauksessa, jossa esimerkiksi työlaainsäädäntö on vajavaista syrjinnän osalta. Tarkasteltavana kysymyksenä on tällöin syrjityn työntekijän mahdollisuus vedota suoraan perustuslain syrjintäkieltoon.¹³

Kuten myöhemmän tarkastelun perusteella voidaan havaita, erilaiset vanhemmuuteen ja perheenhuoltovelvollisuuteen perustuvan syrjinnän tilanteet on hyvin kattavasti kielletty tasa-arvolain erinäisissä säännöksissä. Menettely, jossa erilaisen kohtelun perusteena on hakijan mahdollinen vanhemmuus, on tarkoitettu ensisijaisesti kieltää tasa-arvolain

¹¹ HE 309/1993 vp. s.44

¹² Kuoppamäki, s. 18–19

¹³ Kuoppamäki, s. 18–22

mukaisena sukupuoleen perustuvana syrjintänä. Vanhemmuus on sukupuoleen liittyvä ominaisuus. Perhesuhdesyrjintä voi kuitenkin esimerkiksi näyttövaatimuksiin liittyvien seikkojen vuoksi tulla arvioitavaksi aihepiiriin kuuluvissa syrjintätilanteissa.

Sukupuolisyrjinnän osalta on myös hyvä todeta, että vaikka tasa-arvolain keskeisenä lähtökohtana on kieltää erilainen kohtelu eri sukupuolta olevien henkilöiden välillä, ei siinä silti ole kyse ainoastaan eri sukupuolta olevien verrokkihenkilöiden tilanteesta vaan kiellettyä sukupuolen perusteella tapahtuvaa syrjintää voi olla myös tilanteessa, jossa vastakkain on kaksi samaa sukupuolta olevaa henkilöä.¹⁴ Kyse voi olla tilanteesta, jossa työnantaja valitsee vanhemman naishakijan ja jättää valitsematta ansioituneemman nuoremman naishakijan, koska epäilee tämän perustavan perheen lähitulevaisuudessa. Tasa-arvolaille ei ole myöskään tarkoitus suojella ainoastaan naisia sukupuoleen perustuvalta syrjinnältä vaan myös miehiä voidaan syrjiä sukupuolensa perusteella.¹⁵ Vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden kohdalla tämän voisi ajatella olevan harvinaisempaa etenkin tilanteessa, jossa toisena työnhakija on nainen. Sen sijaan kahden miespuolisen hakijan tilanteessa voisi hyvinkin olla mahdollista, että työnantaja asettaisi perheellisen mieshakijan eri asemaan kuin perheettömän.

Erityisesti kahden naispuolisen työnhakijan tilanteessa henkilöitä erottavaksi tekijäksi voi muodostua myös näiden välinen ikäero. Kiellettyä syrjintää on ansioituneemman nuoremman naishakijan syrjäyttäminen sillä perusteella, että tämä todennäköisemmin hankkisi lapsia kuin vanhempi naishakija. Tällaisessakin tilanteessa syrjinnässä on kyse pohjimmiltaan syrjinnästä sukupuoleen liittyvän syyn eli vanhemmuuden perusteella. Konkreettisessa tilanteessa syrjintä iän perusteella voi kuitenkin olla helpommin näytettävissä kuin työnantajan tarkoitus syrjiä mahdollisen vanhemmuuden perusteella. Edellä mainitun vuoksi myös ikäsyrjintä voi tulla arvioitavaksi tietyissä aihepiiriin kuuluvissa tilanteissa.

Ikäsyrjintä on kielletty perustuslain 6 §:ssä, työsopimuslaissa, virkamieslaeissa ja yhdenvertaisuuslaissa. Työsopimuslain kiello on ollut voimassa vuodesta 1970. Yhdenvertaisuuslain säännöksen taustalla on Euroopan yhteisön työsyrijintädirektiivi. Ikäsyrjintäkielloissa tarkoitettu ikä viittaa fyysiseen ikään, kalenterivuosiin. Iällä ei

¹⁴ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 105

¹⁵ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 24

tarkoiteta esimerkiksi virkavuosia tai työhistoriaa. Yhdenvertaisuuslain esitöistä käy ilmi, että pelkkään työhistoriaan perustuvaa erilaista kohtelua ei pidetä ikäsyrjintänä.¹⁶

Ikäsyrjinnässä erilaiseen asemaan asettamisen perusteena on siis yksiselitteisesti henkilön ikä. Eikä vanhemmuuden tai perhehuoltovelvollisuuden vuoksi tapahtuvassa syrjinnässä näin ollen ole luonnollisestikaan kysymys käsitteellisesti ikäsyrjinnästä, vaikka siinä asetettaisiinkin eri-ikäisiä henkilöitä eri asemaan iän perusteella, jos työnantajan varsinaisena motiivina toiminnalleen ovat vanhemmuuteen liittyvät syyt kuten pelko mahdollisista vanhempainvapaakustannuksista. Perhesuhdesyrjinnän ohella myös ikäsyrjintä voi kuitenkin tulla kyseeseen tietyissä aihepiirin mukaisissa tilanteissa, koska todennäköisyys lastensaantiin erityisesti naisilla pienenee vanhenemisen myötä. Tässä yhteydessä ikäsyrjintää ei kuitenkaan varsinaisesti käsitellä, vaan edellä mainitun yhteyden huomaaminen on riittävää käsiteltävän aiheen kannalta.

Oikeusministeriön asettama yhdenvertaisuustoimikunta on 21.12.2009 antanut mietinnön yhdenvertaisuuslainsäädännön uudistamiseksi. Toimikunnan tehtävänä oli päivittää yhdenvertaisuuslainsäädäntöä, jotta se täyttäisi nykyistä paremmin muun muassa perustuslain asettamat vaatimukset. Lainsäädännön tulisi entistä selkeämmin kattaa kaikki syrjintäperusteet, soveltua paremmin kaikkiin elämäntilanteisiin sekä asettaa eri syrjintätilanteet mahdollisimman samanlaisten oikeussuojakeinojen ja seuraamusten piiriin.¹⁷ Mietinnön esityksessä uudeksi yhdenvertaisuuslaiksi on muun muassa lisätty perhesuhteet kiellettyjen syrjintäperusteiden listaan.

Esitetty on kirjoitettu voimassaolevan lainsäädännön mukaisesti, mutta toimikunnan mietintöön viitataan silloin, kun se on perusteltua käsiteltävän asiakokonaisuuden osalta. Tällainen tilanne on käsillä silloin, kun toimikunnan ehdotus olisi tuomassa jotain erityistä muutosta tai uudistusehdotuksen käsittely on muutoin perustelua. On myös tarpeen huomata, että vaikka mietinnössä esimerkiksi ehdotus uudeksi yhdenvertaisuuslaiksi on laadittu lakiehdotuksen muotoon, uutta lakia ei mitä todennäköisimmin tulla säätämään sen mukaiseksi vaan lakimuutosten tarkempaa sisältöä tullaan tarkentamaan vielä jatkovalmistelussa. Tähän viittaavat erityisesti mietintöön liitetyt lukuisat lausumat ja eriävät mielipiteet, jotka edellyttävät

¹⁶ Kuoppamäki, s. 82

¹⁷ Yhdenvertaisuustoimikunnan komiteamietintö, s. 6

lisävalmistelua asiassa. Mietinnössä esitettyjä pykälämuotoja ei siten voitane suurelta osin pitää millään lailla lopullisina vaan se kuvaa enemmänkin yleisiä kehityssuuntia. Tämän vuoksi kyseessä olevan mietinnön tarkasteluun ei ole sen periaatteellisesta tärkeydestä huolimatta uhrattu tässä esityksessä liiaksi palstatilaa.

Pääsääntöisesti uudistamistarve keskittyy nykyisen lainsäädännön päällekkäisyyden tai epäselvyyden korjaamiseen, eikä mietintökään siten sisällä suuria periaatteellisia muutoksia. Nykytilan arvioinnin kohdalla toimikunnan mietinnössä todetaan muun muassa, että ”Syrjinnän kiellosta ja yhdenvertaisen kohtelun velvollisuudesta säädetään nykyisin useissa eri laeissa erityisesti palvelussuhteiden osalta. Hajanaisuuden vuoksi nykyistä yhdenvertaisuuslainsäädäntöä voidaan luonnehtia monikerroksiseksi ja vaikeaselkoiseksi kokonaisuudeksi, joka ei helposti avaudu asiaan perehtymättömille.”¹⁸ Toisaalta ehdotuksen tavoitteena on myös yhdenmukaistaa nykyistä lainsäädäntöä sisällöllisesti, jotta eri syrjintätilanteita kohdeltaisiin mahdollisimman samalla tavalla elämänalasta ja syrjintäperusteesta riippumatta. Esimerkkinä voidaan mainita juuri perhesuhdesyrjinnän erilainen kohtelu yhdenvertaisuuslaissa, ko. laki kun ei mahdollistane hyvityksen tuomitsemista perhesuhdesyrjinnästä.

¹⁸ *Yhdenvertaisuustoimikunnan komiteamietintö*, s. 45

2 KESKEISIÄ KÄSITTEITÄ JA LÄHTÖKOHTIA

2.1 Työhönotto

Kuten johdanto-osassa on todettu, työhönotto alkaa työpaikkailmoittelulla ja loppuu siihen, kun lopullinen valintapäätös tehdään. Työnhakuun käsitteenä sisältyvät kaikki toimenpiteet, jotka johtavat henkilön valintaan alkaen rekrytoinnin käynnistämisestä. Tällaisiin toimenpiteisiin on helppoa ymmärtää kuuluvan työnantajan ilmoitus vapaasta työpaikasta esimerkiksi lehdessä tai rekrytointisivustolla, työhakemuksen perusteella jatkoon valitun työnhakijan haastattelu sekä luonnollisesti itse valintapäätös. Näiden lisäksi työhönottoon kuuluvia toimenpiteitä ovat niin ikään työnhakijan lähettämän työhakemuksen arviointi, työehdoista neuvottelemineen sekä valintapäätöksestä tiedottaminen.¹⁹

Työhönotossa noudatettavan menettelyn arvioinnissa päähuomio kiinnittyy pääsääntöisesti juuri edellä ensiksi mainittuihin seikkoihin, kuten tässäkin esityksessä pääpaino on työnhakijan haastattelutilanteessa ja lopullisessa valinnassa. Syrjivää menettelyä voi kuitenkin tapahtua hyvin muidenkin työhönoton osa-alueiden, kuten ilmoittelun kohdalla. Työpaikkailmoituksessa saatetaan rajata työnhakijajoukkoa laissa kielletyllä tavalla, esimerkiksi perusteettomasti hakea vain toista sukupuolta olevia henkilöitä. Vaikka työpaikkailmoittelua ei jäljempänä käsitelläkään kovin perusteellisesti, on hyvä todeta että arvioitaessa lopullisen valintapäätöksen mahdollista syrjivyyttä voidaan luonnollisesti kiinnittää huomiota myös ko. työpaikan haettavaksi julistaneeseen työpaikkailmoitukseen. Mahdollisessa hyvitysoikeudenkäynnissä²⁰ voidaan esimerkiksi lisänäyttönä työnantajan syrjivistä toimintatavoista ottaa huomioon tämän aiempia työpaikkailmoituksiaan.

Niin ikään yksi sukupuolten välistä tasa-arvoa loukkaava epäkohta työelämässä on naisten suurempi osuus määräaikaisissa työsuhteissa, jonka yhtenä merkittävänä selittäjänä lienee työnantajien halu vältellä työntekijän vanhempainvapaalle jäämisestä seuraavia lisäkustannuksia. Koska työehdoista neuvottelemineen kuuluu myös työhönottoon, on työnhakijoiden perusteeton erilainen kohtelu työehdoista sopimisen

¹⁹ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 30

²⁰ Tark. tasa-arvolain mukaisesta hyvityseuraamuksesta jaksossa 5.3.

yhteydessä, esimerkiksi määräaikaisen ja toistaiseksi voimassaolevan sopimuksen välillä, sinänsä työhönotossa tapahtuvaa syrjintää.

Siitä huolimatta, että työsuhteen ehdot eivät myöskään kuulu aihepiirin rajauksen vuoksi käsiteltävään asiakokonaisuuteen, voi niilläkin olla merkitystä yksittäistapauksen kohdalla, kun arvioidaan onko tietty menettely, esimerkiksi työntekijän lopullinen valinta, ollut syrjivää. Jos naispuolisen työnhakijan käsityksen mukaan työpaikka on jäänyt saamatta sen vuoksi, että tämä on ilmoittanut haluttomuudestaan tehdä perusteeton määräaikainen työsopimus, voi tällöin työnantajan palveluksessa olevien naisten työsopimusten säännönmukaisella määräaikaisuudella olla kokonaisarvioinnissa huomattavaa merkitystä.

Rekrytointiprosessin käynnistäminen ei vielä velvoita työnantajaa valitsemaan ketään mahdollisesti halukkaista työnhakijoista. Työnantaja saa työnhakuprosessin keston määrittämisen ohella päättää, ettei työnhakua enää jatketa. Näin voi käydä vaikkapa sen takia, ettei aiemmin vapaan toimen täyttäminen ole enää muiden henkilöstöjärjestelyjen jälkeen tarpeellista. Työnantaja voi niin ikään pidentää hakuprosessia, mikäli sopivia hakijoita ei ensin ilmaannu. Merkitsevää kuitenkin on, ettei työnhakuprosessin keskeytyksen tai sen pidentämisen syy saa olla syrjivä. Tällaisessa tilanteessa voidaan soveltaa syrjinnän kieltäviä säännöksiä samalla tavalla kuin varsinaisen valintapäätöksenkin tilanteessa.²¹

Työnantaja ei esimerkiksi saa pidentää hakuaikaa yksin sen takia, että kaikki työhakemukset ovat tulleet naispuolisilta hakijoilta, jos hakijat sinänsä ovat päteviä. Kiellettyä on myös keskeyttää haku vain sillä perusteella, että molemmat haastatteluun kutsutut hakijat osoittautuvat perheellisiksi tai naimisissa oleviksi. Syrjivän menettelyn toteamisessa on tällöin merkitsevää työpaikkailmoituksessa työnhakijoilta vaaditut seikat. Syrjintä työhönotossa kattaa siis myös työhönoton keskeyttämisen syrjivällä perusteella.

Työnhakijoilta työpaikkailmoituksessa ja muutenkin hakuprosessin edetessä vaadittujen asioiden tulisi olla jollain tapaa tarpeellisia tai merkityksellisiä haetun tehtävän

²¹ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 35

kannalta. Hakumenettely voi olla välillisesti syrjivä, jos siinä vaaditaan hakijoilta jotain ominaisuutta tai taitoa, joka ei oikeasti ole tarpeellinen haun kohteen olevassa työtehtävässä. Työnantaja ei esimerkiksi saisi tiedustella tai edellyttää hakijoilta varusmiespalveluksen käymistä, jos tällä ei ole merkitystä kyseisen tehtävän hoitamisen kannalta. Tällainen voi olla välillistä syrjintää asettaen naiset erilaiseen asemaan, sillä naiset harvemmin suorittavat varusmiespalveluksen.

2.2 Syrjinnän käsite keskeisiltä osilta²²

2.2.1 Yleistä

Työsopimuslain 2 luvun 2 §:n mukaan sukupuoleen perustuvan syrjinnän kiellosta säädetään naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetussa laissa eli tasa-arvolaissa. Tasa-arvolaki sisältää, kuten yhdenvertaisuuslakikin, syrjintäkäsitteen määritelmän sekä todistustaakkaa koskevat säännökset. Sitä, mitä on pidettävä tai ei ole pidettävä syrjintänä määritellään lain 7 §:ssä. Pykälä sisältää *välittömän* ja *välillisen* syrjinnän määritelmät ja selostuksen siitä missä tilanteissa niistä on mahdollista poiketa sekä seksuaalisen ja sukupuoleen perustuvan häirinnän sisällöt. Lain 8 §:ssä säädetään erikseen syrjinnästä työelämässä. Kyseisen pykälän 1 momentin 1 ja 2 kohdassa on kyse nimenomaan syrjinnästä työhönottotilanteessa sekä koulutukseen valinnasta. 1 kohta koskee välitöntä syrjintää ja 2 kohta välillistä syrjintää.²³

Syrjintää voi olla aktiivinen toiminta tai tietyn toimenpiteen tekemättä jättäminen, joka johtaa syrjivyyteen. Työnantaja, joka huomaa yrityksessään vallitsevan syrjivän käytännön voi siis syyllistyä syrjintään vain jättämällä korjaavat toimenpiteet tekemättä. Syrjinnän käsite ei edellytä toimijalta tahallisuutta tai tuottamuksellisuutta eli henkilöllä ei tarvitse olla nimenomaista syrjintätarkoitusta. Perusteena tulee kuitenkin olla jokin tietoinen toimenpide syrjijän taholta eli työnantajan tietoisuuden ja syrjivän toimenpiteen välillä tulee olla syy-yhteys. Mikäli menettelyä voidaan kuitenkin pitää objektiivisesti arvioiden syrjivänä, ei syrjintään syyllistyneen tarvitse mieltää

²² Huom. tässä kohdassa käsitellään vain aihepiirin kannalta relevantteja syrjinnän muotoja ja niihin liittyviä käsitteitä. Esimerkiksi seksuaalista häirintää, joka sinällään kuuluu työsyryjinnänkin alaan, ei käsitellä tässä yhteydessä.

²³ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 74

toimineensa syrjivästi, jotta syrjinnän määritelmä täyttyy.²⁴ Syrjintään syyllistyminen ei siten edellytä työnantajalta tahallisuutta tai huolimattomuutta. Myös korkein oikeus on todennut syrjintää työhönoton yhteydessä koskeneessa ratkaisussaan (KKO:2001:9), että menettelyn vaikutukset voivat olla syrjiviä vaikka vaikuttimet eivät sitä olisikaan.²⁵ Työnantajan tulee siis arvioida omaa menettelyään ja sitä, onko se miltään osin syrjivää, sillä edellä todetun mukaisesti työnantaja voi työhönotossakin syyllistyä syrjintään, vaikka hän ei olisikaan halunnut tietoisesti asettaa ketään eri asemaan.

Syrjinnän toteamisessa on keskeistä eri asemaan asettaminen, jolla tarkoitetaan ainakin jollain tapaa huonompaa asemaa. Esimerkiksi sukupuoleen perustuvassa syrjinnässä tiettyjä etuja tai oikeuksia myönnetään tai tiettyjä velvollisuuksia, rajoitteita tai rasitteita asetetaan vain miehille tai naisille.²⁶ Kun henkilö jätetään syrjivin perustein valitsematta työtehtävään, on selvää että kyse on erilaiseen asemaan asettamisesta. Erilaiseen asemaan asettamiseen kuuluu kuitenkin myös jo se, että henkilön asema esimerkiksi jollain tavalla vaikeutuu hakuprosessissa epäasianmukaisen syyn vuoksi.

Jotta perhevapaan käyttämiseen tai perheenhuoltovelvollisuuteen voidaan vedota syrjintäperusteena, tulee syrjityksi itsensä katsovan osoittaa, että työnantaja on tiennyt tällaisesta seikasta. Työnantajan on pitänyt tietää esimerkiksi raskaudesta tehdessään syrjivän päätöksen tai ryhtyessään johonkin toimenpiteeseen.²⁷ Vanhemmuus on edellisiin nähden hieman erilaisessa asemassa, sillä luonnollisesti työnantaja ei voi tietää hakijan tulevan myöhemmin vanhemmaksi, jos hakija itse tai tämän puoliso ei vielä ole edes raskaana. Työnhakijan tuleekin esimerkiksi syrjintäasian hyvitysoikeudenkäynnissä näyttää se, että työnantajan erilaisen kohtelun perusteena on ollut hakijan mahdollinen vanhemmuus ja sitä kautta perhevapaiden käyttö tai perheenhuoltovelvollisuus. Näyttönä tästä ovat erityisesti työhaastattelussa ilman perusteita esitetyt kysymykset hakijan lastenhankintasuunnitelmista.

²⁴ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 250–251

²⁵ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 251

²⁶ Anttila, s. 53

²⁷ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 251

2.1.2 Välitön syrjintä

Tasa-arvolaki jakaa yhdenvertaisuuslain tapaan syrjinnän välittömään ja välilliseen syrjintään. Välittömällä syrjinnällä tarkoitetaan lain 7 §:n 2 momentin mukaan 1) naisten ja miesten eri asemaan asettamista sukupuolen perusteella tai 2) raskauden tai synnytyksen perusteella tapahtuvaa eri asemaan asettamista. Välitön syrjintäkin voi olla tietyissä poikkeuksellisissa tilanteissa oikeutettua kuten silloin, kun tehtävän laatu oikeuttaa sukupuolen perusteella tapahtuvan valinnan, naisia suojellaan raskauden ja synnytyksen takia tai kyseessä on positiivinen erityiskohtelu, jolla edistetään naisten ja miesten yhtäläisiä oikeuksia.²⁸

Työturvallisuuslain 11 §:n mukaan, ”jos työstä tai työolosuhteista saattaa aiheutua raskaana olevalle työntekijälle tai sikiölle erityistä vaaraa, eikä vaaratekijää voida poistaa, työnantajan on pyrittävä siirtämään työntekijä raskauden ajaksi tälle sopiviin työtehtäviin.” Säännös vastaa sisällöltään työsopimuslain vastaavaa säännöstä. Aiheutuvan vaaran sisältöä ei säännöksessä tarkemmin yksilöidä. Asiaan liittyvän EU-direktiivin (92/85/ETY), johon säännös perustuu, liitteessä mainitaan esimerkkeinä mm. työskentely paineistetuissa tiloissa ja maanalainen kaivostyö. Ensisijaisina keinoina vaarojen poistamiseksi ovat vaaratekijöiden poistaminen tai työntekijän siirtäminen muihin tehtäviin. Vasta mikäli tämä ei ole mahdollista työntekijällä on oikeus erityisäitiysvapaaseen.²⁹ Koska työnantajalla on mahdollisuus käyttää työsuojeluun liittyviä toimenpiteitä työhönoton jälkeen, raskaudesta kysymistä ei voida perustella työsuojeluun liittyvillä perusteilla. Tämä on todennut myös Euroopan yhteisön tuomioistuin *Mahlburg* – ratkaisussaan (EYT C-207/98).³⁰

Kiellettyä syrjintää on hakijan syrjäyttäminen sillä perusteella, että hän on raskaana, hoitaa pieniä lapsia tai suunnittelee lapsen saamista. Työnhakijan syrjäyttäminen raskauden tai perhehuoltovelvollisuuden perusteella on kiellettyä syrjintää silloinkin, kun hakijoina on vain samaa sukupuolta olevia. Menettelyn tekee kielletyksi jo sellaisenaan sukupuoleen kytkeytyvä ominaisuus. Työnantajalla ei ole myöskään oikeutta kysyä hakijalta, onko hän raskaana tai suunnitteleeko hän lasten hankkimista.

²⁸ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 250

²⁹ Kuikko, s. 53–54

³⁰ Nieminen 2003, s. 152

Yleisesti on katsottu, ettei hakijalla ole velvollisuutta vastata tällaiseen kysymykseen totuudenmukaisesti, mikäli työnantaja kiellosta huolimatta menettelee kyseisellä tavalla.³¹ Siten työnantajalla ei liene myöskään oikeutta myöhemmin purkaa tai irtisanoa työsuhdetta luottamuspuolan vuoksi vaikka työnhakija olisikin haastattelutilanteessa menetellyt edellä mainitulla tavalla.

Kielteisyyys työnantajan esittämiin kysymyksiin naispuolisen työntekijän raskaudesta tai tulevasta lasten hankinnasta on todettu useassa tasa-arvovaltuutetun kannanotossa. Vain tietyissä tilanteissa, kun työntekijää haetaan lyhytaikaiseen määräaikaiseen työsuhteeseen, lienee kysymyksen esittäminen sallittua. Tällöinkään oikeutta ei ole, jos työsuhde on tarkoitettu erittäin lyhytaikaiseksi ja työntekijä voi suorittaa työn raskaudestaan huolimatta.³² Tulevaa lasten hankintaa koskevan lienee katsottava soveltuvan myös miespuolisiin työnhakijoihin.

Myös vuoden 2005 tasa-arvolain muutossäädöstä koskevassa hallituksen esityksessä todetaan, että edellä mainitun 7 §:n 1 kohdan sisältämän käsitteen ”sukupuolen perusteella” on katsottava kattavan myös sukupuoleen välillisesti liittyvän perusteen, kuten esimerkiksi vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden. Vertailu ei tällöin kohdistu toista sukupuolta oleviin henkilöihin, vaan henkilöihin, joihin ei liity kyseessä oleva peruste.³³ Eli siis kyse voisi tämän mukaan olla myös työhönottotilanteesta, jossa on vastakkain samaa sukupuolta olevia henkilöitä ja valinnan perusteena on toisen mahdollinen perheen perustaminen. Kyseessä olevan momentin 1 kohdan tarkoituksena ei siis ole estää ainoastaan naisten ja miesten syrjiminen toisiinsa nähden vaan ylipäättään kumman tahansa sukupuolen syrjiminen jollain sukupuoleen liittyvällä syyllä.

2.1.3 Välillinen syrjintä

Välillisellä syrjinnällä tarkoitetaan tasa-arvolaissa 1) eri asemaan asettamista sukupuoleen nähden neutraalilta vaikuttavan säännöksen, perusteen tai käytännön nojalla, jos menettely tosiasiallisesti vaikuttaa siten, että henkilöt voivat joutua

³¹ Kuoppamäki, s. 191

³² Saarinen, s. 27

³³ HE 195/2004 vp, s. 28

epäedulliseen asemaan sukupuolen perusteella tai 2) eri asemaan asettamista vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Hyväksyttävä tavoite ja siihen nähden aiheelliset ja tarpeelliset keinot voivat kuitenkin tehdä menettelystä sallitun.

Vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus eivät ole välittömällä tavalla liitoksissa vain toiseen sukupuoleen ja ovat siten sukupuolineutraaleja, toisin kuin raskaus ja synnytys. Näin ollen niiden perusteella tapahtuva syrjintä on välillistä syrjintää. Työntekijä asetetaan eri asemaan syrjivällä perusteella, jos esimerkiksi työhönotossa annetaan merkitystä sille onko työnhakija raskaana, onko hänellä lapsia tai aikooko hän hankkia lapsia.³⁴

Välillisessä syrjinnässä ei ole kyse ainoastaan konkreettisesta valintatilanteesta vaan myös työnantajan menettelystä tai käytännöstä. Toisen kohdan mukaan välillistä syrjintää on myös syrjintä vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Tällä tavalla voidaan syrjiä kumpaa tahansa sukupuolta olevia hakijoita eikä se edellytä vastakkaista sukupuolta vertailukohteena. Välillistä syrjintää voi siis olla käytäntö syrjiä nuoria hakijoita sillä perusteella, että he todennäköisemmin perustavat perheen kuin vanhemmat hakijat. Tällaista käytäntöä harjoittava työnantaja kuitenkin yleensä pyrkii välttelemään nuoria naishakijoita, sillä naiset yleisen tietämyksen, ja tilastojenkin, perusteella käyttävät valtaosan vanhempainvapaista. Edellä mainitun mukainen menettely ei kuitenkaan vaikuta olevan enää välillistä syrjintää, sillä syrjintä kohdistuu nimenomaan naisiin työnantajan syrjiessä naispuolisia henkilöitä heidän sukupuolensa perusteella.

Toisen kohdan mukaisessa tilanteessa syrjinnän tulee siis kohdistua yhtä voimakkaasti kumpaankin sukupuoleen. Eli työnantajan käytäntö tai menettely asettaa yhtälailla nais- kuin mieshakijoita eri asemaan vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Mikäli työnantaja kuitenkin syrjii naisia sen perusteella, että he todennäköisemmin tulevat käyttämään vanhempainvapaita, on kyseessä välitön syrjintä, sillä tällöin työnantaja kohtelee naisia sukupuolen perusteella erilalla. Välillistä syrjintää voi olla niin ikään työnantajan pyrkimys määritellä hakukriteerit siten, että

³⁴ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 250–251

hakijoiksi ei lainkaan valikoidu ns. perheenperustamisiässä olevia henkilöitä, jos näiden kriteerien asettamiseen ei ole asiallisia perusteita.

2.1.4 Menettely, jota ei pidetä syrjintänä

Sekä tasa-arvolaki että yhdenvertaisuuslaki sisältää erityiset säännökset menettelystä, jota ei ole pidettävä syrjintänä. Tasa-arvolain 9 §:n 1 kohdan mukaan siinä laissa tarkoitettuna sukupuoleen perustuvana syrjintänä ei ole pidettävä naisten erityistä suojelua raskauden tai synnytyksen vuoksi. Tasa-arvolain muuttamisesta annetun hallituksen esityksen mukaan naisten ja miesten erilainen kohtelu biologisten erojen vuoksi on sallittua kuitenkin ainoastaan silloin, kun syynä on joko naisen tai syntymättömän sikiön suojelun tarve terveydellisistä tai turvallisuuteen liittyvistä syistä.³⁵

Lakitekstin ja kyseisen hallituksen esityksen perusteella voidaan pitää varsin selvänä, että tasa-arvolain rajausta koskee vain tilanteita, joissa työnhakija on tai voisi olla raskaana tai jo synnyttänyt, eikä se näin ollen varsinaisesti vaikuta tilanteessa jossa on kyseessä mahdollinen myöhempi raskaus ja vanhemmuus.

Yhdenvertaisuuslain 7 §:n 2 kohdan mukaan lain tarkoittamana syrjintänä ei ole pidettävä tavoitteeltaan oikeutettua ja oikeasuhtaista erilaista kohtelua, joka perustuu työtehtävien laatua ja niiden suorittamista koskeviin todellisiin ja ratkaiseviin vaatimuksiin. Kyseessä olevan pykälän sanamuotoa on muutettu Euroopan komission vaatimuksesta, sillä se katsoi, ettei aiempi pykälä täyttänyt työsyryntädirektiivin tai syrjintädirektiivin vaatimuksia. Komission vaatimuksesta pykälän sanamuotoon lisättiin toteamus, että yhdenvertaisesta kohtelusta poikkeamisen tavoitteen on oltava oikeutettu ja vaatimuksen on oltava oikeasuhtainen. Lisäyksellä katsotaan toteutettavan ns. kaksoistestivaatimus. Sen lisäksi, että erilaisen kohtelun tavoitteen on oltava objektiivisesti ja asianmukaisesti perusteltavissa, tulee toimenpiteiden, joihin tavoitteen toteuttamiseksi on ryhdytty, olla oikeasuhtaisia tavoiteltuun päämäärään nähden.³⁶

³⁵ HE 195/2004 vp. s. 35–36

³⁶ HE 67/2008 vp. s. 2

Edellä välillistä syrjintää käsittelevässä jaksossa lyhyesti mainitun yhteisön tuomioistuimen *Mahlburg*-tapauksen mukaan työturvallisuusnäkökohdat eivät voineet olla peruste olla valitsematta raskaana olevaa työnhakijaa töihin, vaan mahdollinen raskaus ja sen vaatimat työsuojelutoimenpiteet tuli selvittää vasta valinnan jälkeen. Kun jo raskaana olevan työntekijän kohdalla on näin selvästi todettu, ettei erilaista kohtelua tässäkään tilanteessa sallita, ei erilainen kohtelu voi tulla kyseeseen myöskään mahdollisen tulevan vanhemmuuden perusteella.

Lähinnä harkittavaksi voisi tulla tilanne, jossa haetun työntekijän pysyminen samana olisi ehdottoman tärkeää ja haettu tehtävä olisi siten määräaikainen, ettei minkäänlaista muuta työtä olisi enää tarjolla mahdollisen vanhempainloman jälkeen. Edellä mainitussa tilanteessa voitaisiin kenties katsoa työnantajan olevan oikeutettu pyrkimään varmistamaan työntekijän pysyminen tehtävässään, mikäli työntekijän vaihtuminen johtaisi esimerkiksi projektin keskeytymiseen. Kuviteltu tilanne on tietysti hyvin pitkälti teoreettinen ja lisäksi voidaan perustellusti todeta, että työnantaja voi menettää työntekijän monista muistakin syistä kuin vanhempainvapaan takia, eikä kenenkään työntekijän pysymistä tehtävässään voida täysin ehdottomasti varmistaa.

Helsingin hovioikeuden tuomio 3.12.2003 (S 03/435) vahvistaa edellä kuvattua kielteistä kantaa työnantajan oikeuteen tietää työnhakijan perhesuunnitelmista. Tapauksessa työntekijä oli irtisanottu tehtävästään, kun hän oli työnantajan mukaan kertonut työhaastattelussa, ettei aio hankkia lapsia ainakaan kahdeksaan vuoteen, mutta olikin sitten tullut raskaaksi. Työnantaja katsoi, että työntekijän oli tarkoitus päteväytyä myöhemmin eläkkeelle jäävän esimiehensä tehtävään, eikä hän näin ollen voinut äitiysloman ja muun vanhempainvapaan takia suoriutua tehtävästä. Työnantaja katsoi hänellä olevan tästä syystä pätevä syy irtisanomiseen. Hovioikeus katsoi kuitenkin perustellusti, että irtisanominen oli johtunut raskaudesta. Kyseinen tapaus liittyy myös kiinteästi myöhemmin käsiteltäviin työhönotossa tehtäviin perhesuhdekysymyksien sallittavuuteen ja niihin vastaamiseen. Työntekijään ei lähtökohtaisesti voida kohdistaa mitään epäedullisia toimenpiteitä sen vuoksi, että hän vastaa virheellisesti kiellettyyn kysymykseen perhesuhteista, kuten esimerkiksi kysymykseen puolisoista tai perheenperustamissuunnitelmista.

2.1.6 Vastatoimien kiello

Tasa-arvolakiin että yhdenvertaisuuslakiin sisältyy molempiin säännös vastatoimien kiellosta. Vastatoimien kiellon tarkoituksena on estää työnantajan syrjivät tai muuten epäoikeudenmukaiset toimet sellaista henkilöä kohtaan, joka on esimerkiksi valittanut syrjivästä valinnasta tai muuten ryhtynyt toimenpiteisiin yhdenvertaisuuden turvaamiseksi. Vastatoimien kiello lienee merkityksellisempi jo työsuhteessa olevan työntekijän tapauksessa, koska tällöin työnantajalla on luonnollisesti enemmän valtaa tähän. Kuitenkin myös työhönottotilanteeseen liittyy tilanteita, joihin edellä mainittu kiello voisi soveltua.

Työnantaja voisi esimerkiksi työnhakijan kieltäytyessä vastaamasta perhesuhteista tehtävään kysymykseen ja huomauttaessa haastattelijalle menettelyn asiattomuudesta suuttumuksessaan päättää haastattelun tai muuten jättää työnhakijan valitsematta yksin työnhakijan toiminnan perusteella. Tällaisessa tilanteessahan työnantaja selvästi kohdistaa kielteisiä seurauksia työnhakijaan, joka on vedonnut laissa turvattuun oikeuteensa olla vastaamatta perhesuhteita koskevaan kysymykseen.

Vastatoimet eivät yhdenvertaisuuslain 8 §:n mukaan ole välttämättä varsinaisesti syrjintää, mutta tällaisesta menettelystä on kyseisen lain mukaan mahdollista tuomita maksettavaksi hyvitys menettelyn kohteeksi joutuneelle. Perhesuhteiden osalta hyvitystä ei kuitenkaan voitane tuomita maksettavaksi, sillä sitä tai *muutakaan henkilöön liittyvää syytä* ei mainita hyvitystä koskevassa 9 §:ssä. Näin ollen lieneekin todettava, ettei yhdenvertaisuuslain vastatoimien kiello ole kovinkaan merkittävä käsiteltävän aihepiirin kannalta.

Tasa-arvolain mukainen vastatoimien kiello sisältyy lain 8 a §:ään ja siinä selvästi rinnastetaan edellä mainitut vastatoimet tasa-arvolaisa kiellettyyn syrjintään. Pykälän sanamuodon mukaan kiellettyä on irtisanomisen ohella muu epäedulliseen asemaan asettaminen, johon voitaneen vaikeuksista lukea edellä mainittu hakijan valitsematta jättäminen tai muu aseman huonontaminen valintaprosessissa.

Sen osoittaminen, että työnantaja on syyllistynyt kiellettyihin vastatoimiin voi olla varsin hankalaa etenkin käsiteltävän aihepiirin alueella eli työhönotossa. Mikäli hakija

kuitenkin tässä menestyy, voidaan tasa-arvolain mukainen hyvitys tuomita maksettavaksi myös tällä perusteella.

2.2 Todistustaakka syrjintäasiassa

Yleisten todistustaakkaa koskevien normien mukaisesti sen, joka vaatii jotain toiselta, on näytettävä toteen vaatimuksensa perusteet. Syrjintätilanteisiin liittyvän näyttöproblematiikan vuoksi syrjityksi tullut olisi yleensä melko huonossa asemassa, mikäli asiassa sovellettaisiin tiukasti edellä mainittua perusperiaatetta. Lähtötilanteen kohtuuttomuutta estämään järjestelmään onkin rakennettu ns. jaettava todistustaakkaa koskeva sääntely, jolla on tarkoitettu helpottaa niiden työntekijöiden³⁷ asemaa, jotka epäilevät tulleen syrjityksi.³⁸ Sekä tasa-arvolaki että yhdenvertaisuuslaki sisältävät omat todistustaakkasäännöksensä.

Tasa-arvolain todistustaakkasäännös 9 a § otettiin lakiin vuoden 2005 uudistuksen yhteydessä.

Jos joku, joka katsoo joutuneensa tässä laissa tarkoitetun syrjinnän kohteeksi, esittää tässä laissa tarkoitettua asiaa tuomioistuimessa tai toimivaltaisessa viranomaisessa käsiteltäessä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on syrjintä sukupuolen perusteella, vastaajan on osoitettava, ettei sukupuolten välistä tasa-arvoa ole loukattu, vaan että menettely on johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta. Säännöstä ei sovelleta rikosasian käsittelyssä.

Pykälässä säädetty menettely on kaksivaiheista siten, että ensimmäisessä vaiheessa henkilön, joka katsoo joutuneensa syrjinnän kohteeksi, on esitettävä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa, että kyseessä on syrjintä sukupuolen perusteella. Mikäli hän

³⁷ Kirj. huom. esitetty soveltuu luonnollisesti myös työnhakijoihin.

³⁸ Kuoppamäki, s. 212

tässä onnistuu, syntyy syrjintäolettaja, joka vastapuolen on ns. toisessa vaiheessa kumottava vastaanäytöllä eli esittämällä muu hyväksyttävä seikka menettelylle. Tällainen hyväksyttävä seikka on valituksi tulleen parempi soveltuvuus ko. tehtävään.³⁹ Työnantaja voi kumota syrjintäolettan tietyissä tapauksissa myös silloin, kun valinta on perustunut sukupuoleen. Työnantaja voi esittää, että hänen menettelynsä on työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy. Rikosjutuissa olettaa ei luonnollisesti, rikosoikeudellisten periaatteiden vuoksi, voida soveltaa vaan syyttäjä on velvollinen näyttämään syytteen toteen.⁴⁰

Pelkästään valitsematta jääneen käsitys siitä, että hän on tullut sukupuolen perusteella syrjityksi, ei siis vielä kuitenkaan riitä kääntämään näyttövelvollisuutta työnantajalle. Syrjityksi itsensä kokevan on osoitettava olleensa valituksi tullutta ansioituneempi. Näyttövelvollisuutta helpottaa valitsematta jääneen oikeus saada tiedot noudatetusta valintaperusteesta ja valituksi tulleen ansioista.⁴¹ Raskaudesta tai perheenperustamissuunnitelmista kysyminen työhönotossa voi muodostaa osoituksen sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä työhönotossa. Kysymykset voivat vaikuttaa todistustaakan jakautumiseen siten, että työnantajan tulee näyttää toteen, että edellä mainitut asiat eivät ole vaikuttaneet valintapäätökseen.⁴²

Vaikka yhdenvertaisuuslain vastaava todistustaakkasäännös eroaa sekä muodoltaan että perusteluiltaan edeltävästä tasa-arvolain säännöksestä, voidaan sitä tulkita pitkälti samalla tavalla.

Jos joku, joka katsoo joutuneensa 6 §:n vastaisen menettelyn kohteeksi, esittää tässä laissa tarkoitettua asiaa tuomioistuimessa tai toimivaltaisessa viranomaisessa käsiteltäessä selvitystä, jonka perusteella voidaan olettaa, että mainitussa pykälässä säädettyä kieltoa on rikottu, vastaajan on osoitettava, että kieltoa ei ole rikottu. Säännöstä ei sovelleta rikosasian käsittelyssä.

³⁹ Nieminen 2005, s. 72

⁴⁰ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 255

⁴¹ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 254

⁴² Nieminen 2005, s. 68

Yhdenvertaisuuslain todistustaakkasäännöstä ei sovelleta lain 8 §:ssä säädettyihin vastatoimiin, mutta kuten on todettu, yhdenvertaisuuslain vastatoimien kiellolla ei varsinaisesti ole merkitystä perhesuhdesyrjinnän kohdalla. Yhdenvertaisuustoimikunnan mietinnössä⁴³ yhdenvertaisuuslakia on kuitenkin johdannossa mainitulla tavalla ehdotettu uudistettavaksi siten, että myös perhesuhteet mainittaisiin siinä erikseen kiellettynä syrjintäperusteena, jolloin perhesuhteidenkin perusteella ryhdyttyihin vastatoimiin liittyvissä asioissa voitaisiin tuomita hyvitys maksettavaksi. Tasa-arvolaissa on säädetty työnantajalle velvollisuus antaa syrjintää epäilevälle työnhakijalla tai tehtävään tai koulutukseen valitsematta jääneelle työntekijälle selvitys valintansa perusteista. Myös ko. selvitysvelvollisuuden laiminlyönti voi vaikuttaa todistustaakkaan siten, että se kääntyy työnantajalle.⁴⁴

⁴³ *Yhdenvertaisuustoimikunnan mietintö*, s. 101–107

⁴⁴ *Koskinen – Nieminen – Valkonen*, s. 268. Selvitysvelvollisuudesta tarkemmin jaksossa 3.1.3.

3 LAIN VANHEMMUUTTA SUOJAAVAT SYRJINTÄKIELLOT

3.1 Sukupuolisyryjinnän kielto

3.1.1 Tasa-arvolaista ja sen kehityksestä

Laki naisten ja miesten tasa-arvosta eli tasa-arvolaki säädettiin 1986. Lakia on sittemmin muutettu useasti, perusteellisimmin vuonna 2005. Lait tasa-arvovaltuutetusta ja tasa-arvolautakunnasta sekä edellisiä koskevat asetukset täydentävät tasa-arvolakia. Kansainväliset sopimukset ja kansainvälinen yhteistyö ovat vaikuttaneet Suomen tasa-arvoa ja syrjintää koskeviin säädöksiin. Kansainvälinen sääntely on muun muassa ollut syynä siihen, että tasa-arvolakia on niin useaan otteeseen muutettu. Jo ennen tasa-arvolain säätämistä työsopimuslakiin sisältyi yleinen säännös sukupuolisen syrjinnän kieltämisestä. Työsopimuslaki koski kuitenkin luonnollisesti vain työsuhteita, eikä se saavuttanut työelämässäkään toivottuja tuloksia. Työelämässäkään tasa-arvoperiaatteen katsottiin tarkoittavan vain palkkaa eikä esimerkiksi yhtäläistä oikeutta saada tietty työpaikka. Lopullisen kimmokkeen laaja-alaisemman tasa-arvolain säätämiseksi loi YK:n naisten kaikkinaisen syrjinnän kieltävä yleissopimus. EU:n vaikutus on ollut suuri erityisesti lakia muutettaessa. Muun muassa *tasa-arvodirektiivi* (76/207/ETY), joka koskee myös tasa-arvoperiaatteen toteuttamista uralla etenemiseen, kieltää niin välittömän kuin välillisenkin syrjinnän. Euroopan yhteisön tuomioistuimella on tärkeä rooli EU-oikeuden tulkitsijana. Se onkin antanut useita merkittäviä ratkaisuja, joissa se on täsmentänyt tasa-arvoperiaatetta tai tulkinnut sitä.⁴⁵

Esimerkiksi Yhdistyneiden kuningaskuntien ennakkoratkaisupyyntö johdosta annettu tuomio *The queen v Secretary of State for Health* (C-137/94), jossa todettiin että vaikka jäsenvaltioille on miesten ja naisten tasa-arvoisen kohtelun periaatteen asteittaisesta toteuttamisesta sosiaaliturvaa koskevissa kysymyksissä annettu direktiivissä (79/7/ETY) annettu oikeus määrätä naisille ja miehille tietyissä asioissa eri eläkeiät, direktiivi ei anna jäsenvaltiolle oikeutta määrätä tämän kohdan nojalla, että toinen sukupuoli saisi kategorisesti vapautuksen lääkekuluista aiemmin kuin toinen.

⁴⁵ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 20–23

Tasa-arvolaki kieltää niin naisten kuin miestenkin syrjimisen sukupuolen perusteella. Lain pykälään on siis mahdollista vedota silloinkin, kun mies kokee tulleen syrjityksi sukupuolensa perusteella. Esimerkkinä tällaisesta voisi olla tilanne, jossa pätevämpi miespuolinen sairaanhoitaja tai opettaja on syrjäytetty, koska valitsija pitää naisia soveltuvampina kyseessä oleville aloille. Lain keskeinen tarkoitus on kuitenkin parantaa naisten asemaa työelämässä.⁴⁶ Vuonna 2005 voimaan astunutta lakia naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamista koskevassa hallituksen esityksessä todettiin, että työmarkkinat ovat selkeästi kahtia jakautuneet sekä henkilöstöhierarkian että työn laadun kannalta. Myös naisten keskimääräinen kuukausiansiosuhde (80 prosenttia) miesten kuukausiansioista oli vuodesta 1987 vuoteen 2003 pysynyt samana.⁴⁷ Siitä, mikä osa erosta johtuu aidosti sukupuolesta ja mikä muista työmarkkinoiden rakenteellisista tekijöistä, ilmenee erimielisyyttä. Voitaneen kuitenkin sanoa, että naisten palkka on karkeasti ottaen runsaat 80 prosenttia miesten palkasta.⁴⁸

Lailla naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain 9 ja 14 §:n muuttamisesta (624/1992) täsmennettiin 7 §:n ja 8 §:n välillisen ja välittömän syrjinnän käsitteitä muutattamalla tasa-arvolain 9 §:ää. Muutostarpeen aiheutti korkeimpien oikeuksien väärään suuntaan, vastoin EY-oikeutta ja tasa-arvolain säätämismääräyksessä asetettuja tavoitteita, kehittynyt oikeuskäytäntö. Euroopan yhteisön direktiiveissä korostetaan, ettei minkäänlaista sukupuoleen perustuvaa syrjintää saa esiintyä sen enempää välittömästi kuin välillisestikään.

Tasa-arvolakia säädettäessä taasen eduskunnan toinen lakivaliokunta korosti mietinnössään (II LaVM 4/1986 vp) yleistä syrjintäkieltoa käsitellessään yksimielisesti, että oikeus äitiyteen ja isyyteen kuuluu ihmisen luovuttamattomiin oikeuksiin eikä saa valiokunnan käsityksen mukaan muodostaa syrjinnän perustetta missään olosuhteissa millään yhteiskuntaelämän alueella.”⁴⁹ Korkeimman oikeuden 1992 antamassa ratkaisussa (KKO 1992:7) tasa-arvolain mukainen hyvitysmaksu kuitenkin jätettiin tuomitsematta, kun korkein oikeus katsoi, ettei työsopimuksen purkaminen raskauden perusteella ollut tasa-arvolain tarkoittamaa sukupuolen perusteella tapahtuvaa syrjintää.

⁴⁶ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 24

⁴⁷ HE 195/2004 vp, s. 4

⁴⁸ Kuoppamäki, s. 183

⁴⁹ HE 63/1992 vp, s. 5–6

Tasa-arvolakia on sittemmin edellä mainittujen pykälien osalta edelleen muutettu, mutta kyseisten pykälien yhteinen asiasisältö on pysynyt muuttumattomana.

Lakia koskevan esityksen (HE 63/1992) perusteluissa perustellaan hyvin lain tarkoitusta vanhemmuuden ja perheenhuoltovelvollisuuden osalta. Edellä mainitun lakivaliokunnan mietinnön lisäksi esityksessä todetaan, että raskauteen ja perheenhuoltovelvoitteisiin perustuva eriarvoiseen asemaan asettaminen on keskeinen tasa-arvo-ongelma. Työhönottohaastattelussa saatetaan esimerkiksi kysyä vanhemmuudesta tai perheenperustamissuunnitelmista, vaikka se on tasa-arvolain mukaan sallittua vain poikkeustapauksissa. Lakimuutoksen tarkoituksena oli selventää myös 8 §:n työelämän syrjäntäkieltoja. ”Työnhakijaa tai työntekijää ei palvelukseen otettaessa, palkkauksessa tai muuten palvelusuhteen aikana taikka palvelussuhdetta päätettäessä saa asettaa eriarvoiseen asemaan raskauden tai synnytyksen, vanhemmuuden, perheenhuoltovelvollisuuden taikka muun välillisesti sukupuoleen liittyvän syyn johdosta.”⁵⁰ Vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella tapahtuvaa eriarvoiseen asettamista on edellä esitetyn perusteella selvästi myös hakijoiden syrjiminä mahdollisen myöhemmän vanhemmuuden vuoksi.

Edellä mainittua vahvistaa myös jo vuoden 1987 tasa-arvolakia koskevassa hallituksen esityksessä todettu kanta, jonka mukaan kun synnytysien ohittanut naispuolinen työnhakija syrjäntää synnytysien olevan työnhakijan saattaa kyse olla kielletystä syrjinnästä. Samalla tavalla jo edellä mainitussa vuoden 1992 hallituksen esityksessä on todettu muun ohella, että ”yhtä hyvin sellaisen miehen, joka todennäköisesti ei tulisi jäämään isyys- tai vanhempainlomalle, ja tällaista oikeutta todennäköisesti käyttävän miehen eri asemaan asettaminen voi olla sukupuolisyntää.” Syntäntälettaman syntntämien ei siis edellytää vastakkaista sukupuolta olevaa vertailukohdetta.⁵¹

Sukupuolten tasa-arvossa ei ole kysymys pelkästään yleensä yksittäistapauksissa ilmenevästä syntnntästä. Kysymys on keskeisesti rakenteellisista tekijöistä, jotka vaikuttavat sukupuolten asemaan. Syntntäkiellon lisäksi erilaisilla tasa-arvon

⁵⁰ HE 63/1992 vp, s. 6

⁵¹ Anttila, s. 60

edistämiseen tähtäävillä toimilla on siten myös keskeinen osa sääntelyssä.⁵² Muun muassa tasa-arvolain 6 § velvoittaa jokaista työnantajaa edistämään sukupuolten tasa-arvoa.⁵³

3.1.2 Työhönoton syrjintäkiellot tasa-arvolaissa ja EU-oikeudessa

Tasa-arvolain 8 §:n 2 momentin 1 kohta koskee siis välitöntä sukupuolen perusteella tapahtuvaa syrjintää työhönotossa tai koulutukseen valinnassa ja 2 kohta välillistä syrjintää vastaavissa tilanteissa. Myös työsopimuslain 2 luvun 2 §:n 4 momentissa vaaditaan syrjintäkiellon noudattamista työhönottotilanteessa.

Työnantajan menettelyä on pidettävä tässä laissa kiellettynä syrjintänä, jos työnantaja:

- 1) työhön ottaessaan taikka tehtävään tai koulutukseen valitessaan syrjäyttää henkilön, joka on ansioituneempi kuin valituksi tullut toista sukupuolta oleva henkilö, jollei työnantajan menettely ole johtunut muusta, hyväksyttävästä seikasta kuin sukupuolesta taikka jollei menettelyyn ole työn tai tehtävän laadusta johtuvaa painavaa ja hyväksyttävää syytä;
- 2) työhön ottaessaan, tehtävään tai koulutukseen valitessaan tai palvelussuhteen kestosta tai jatkumisesta taikka palkka- tai muista palvelussuhteen ehdoista päättäessään menettelee siten, että henkilö joutuu raskauden, synnytyksen tai muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella epäedulliseen asemaan;

Tasa-arvolain 8.2 §:n 1 kohtaa sovelletaan vain sellaiseen työhönottotilanteeseen tai koulutukseen valitsemiseen, jossa on erisukupuolta olevia hakijoita tai työntekijöitä. Säännöstä sovelletaan tilanteisiin, joissa on kyse mies- tai naissukupuoleen perustuvasta syrjinnästä.⁵⁴ Tämä onkin selvää pykälän sanamuodon perusteella, joka selvästi edellyttää valituksi tullutta toista sukupuolta olevaa henkilöä. Jälkimmäistä kohtaa

⁵² Kuoppamäki s. 184

⁵³ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 237

⁵⁴ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 270

voidaan soveltaa myös työhönottotilanteeseen, jossa on samaa sukupuolta olevia hakijoita.

Toisen kohdan sanamuoto ei näyttäisi edellyttävän, että valitsematta jäänyt olisi ansioituneempi kuin valituksi tullut kuten 1 kohdassa. Työnantaja voinee siis syyllistyä syrjintään esimerkiksi vanhemmuuden (liittyy sukupuoleen) perusteella vaikka valittu sinänsä olisikin ansioituneempi kuin valitsematta jäänyt, jos syrjitty esimerkiksi jätettäisiin kokonaan kutsumatta haastatteluun vain vanhemmuuden perusteella. Syrjivän menettelyn toteennäyttäminen tällaisessakin tapauksessa olisi tietysti huomattavasti helpompaa, jos valitsematta jäänyt olisi myös valittua ansioituneempi.

Yhteisöoikeuden vastaava säännös sisältyy tasa-arvoista kohtelua koskevan direktiivin (2002/73/EY) 3 artiklaan.

Tasa-arvoisen kohtelun periaatteen soveltaminen tarkoittaa sitä, että julkisella tai yksityisellä sektorilla, julkiset laitokset mukaan lukien, ei saa olla välitöntä tai välillistä sukupuoleen perustuvaa syrjintää seuraavilla aloilla:

- a) työpaikan, itsenäisenä ammatinharjoittajana tehdyn työn tai toimen saamisen ehdot, valinta- ja työhönottoperusteet mukaan lukien, toimialasta ja ammattiasemasta riippumatta, uralla eteneminen mukaan lukien;
- b) mahdollisuus kaikenlaiseen ja -tasoiseen ammatilliseen ohjaukseen ja koulutukseen, ammatilliseen jatkokoulutukseen ja uudelleen koulutukseen, työkokemus mukaan lukien;

Tasa-arvolaissa säädetty hyvitysvastuu on rajattu koskemaan tasa-arvolain keskeisiä syrjintäkieltoja, ja lain muut käyttäytymisvelvoitteet että 7 §:ssä säädetty syrjinnän yleiskielto jäävät hyvityseuraamuksen ulkopuolelle. Tasa-arvolain keskeisiin syrjintäkieltoihin kuuluvat myös lain 8 §:n 1 momentin työhönottoa koskevat tilanteet.⁵⁵ Ei siis ole merkityksetöntä täyttääkö syrjintä työhönotossa yleiskiellon ohella myös työhönottoa koskevien erityiskiellojen määritelmän.

⁵⁵ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 338

On mahdollista, että syrjintä täyttää lain 7 §:n mukaiset tunnusmerkit ilman, että 8 §:n mukainen tilanne on käsillä. Sukupuolisyrjintää voi olla tilanteessa jossa työnantaja päättää olla palkkaamatta ketään, koska kaikki hakijat ovat hänen näkökulmastaan ”ei toivottua sukupuolta”. Tällainen menettely ei kuitenkaan täytä 8 §:n määritelmää, sillä ketään ei ole palkattu.⁵⁶ Vanhemmuus ja perhehuoltovelvollisuus ovat kuitenkin syrjintäperusteina sellaisia, että on hyvin vaikea ajatella tilannetta, joka täyttäisi 7 §:n määritelmän, mutta ei 8 §:n 2 kohdan määritelmää.

Edellä sanottua tukee myös aiemmin mainittujen hallituksen esitysten (HE 195/2004, HE 63/1992) perustelut, tasa-arvolain tavoite sekä myös yhteisöoikeus, jonka työhönottoa koskevassa säännöksessä kielletään kaikkinaisen välitön ja välillinen sukupuoleen perustuva syrjintä. 8 §:n 1 momentin 2 kohdan maininta ”muu sukupuoleen liittyvä syy” pitää selvästi sisällään vanhemmuuden ja perhehuoltovelvollisuuden perusteella tapahtuvan syrjinnän. Joihin kuuluu sen hetkisten perhehuoltovelvoitteiden ohella myös eri asemaan asettaminen mahdollisen tulevan vanhemmuuden perusteella

Tasa-arvolain kielletyn syrjinnän määrittäminen edellyttää myös tiettyjen säädöksessä olevien määritelmien tulkintaa, kuten ansioituneisuus tai työn tai tehtävän laadusta johtuva syy. Keskeinen merkitys ansioituneisuuden arvioinnissa on eri alojen tai toimialojen tavanomaisilla valintaperusteilla. Tasa-arvolaissa ei ole tarkoitettu muuttaa ansiovertailussa hyväksyttyjä tai yleisesti käytettyjä tapoja eikä käytäntöjä, kunhan ne eivät ole syrjiviä. Ansioituneisuuden arviointi edellyttää objektiivista arviointia. Olennaista tulisi olla vain selvästi rajattujen työtehtävien ja toimien kannalta merkitykselliset vaatimukset. Arvioinnissa tulisi käyttää alalla hyväksyttyjä periaatteita, jotka ovat ulkopuolisellekin selitettäviä ja järkipäisiä. Arvioinnin avulla pyritään toteamaan hakijan sellaiset tiedot ja taidot, joilla on objektiivista merkitystä tehtävän tai toimen hoitamisen kannalta.⁵⁷

Edellä mainitun perusteella muun muassa usein esitettävät kysymykset hakijan asevelvollisuuden suorittamisesta saattavat herättää epäilystä asiattomasta hakumenettelystä, koska palveluksella harvemmin on suurempaa merkitystä kyseessä

⁵⁶ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 91

⁵⁷ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 78–80

olevan työtehtävän hoidon kannalta. Koska naiset vielä harvoin suorittavat asepalveluksen, voisi naisten ja miesten välillä kyse olla myös välillisestä syrjinnästä, mikäli työnantaja edellyttäisi palvelusta yhtälailla myös naisilta eikä asepalveluksella olisi tosiasiallista merkitystä haettavana olevan tehtävän kannalta. Näin on myös EY-tuomioistuin katsonut ratkaisukäytännössään.⁵⁸

Hovioikeuskäytännön valossa vaikuttaisi siltä, ettei työnantaja voi syyllistyä syrjintään ilman varsinaista syrjimistarkoitusta. Edellä mainittua tukee myös aiemmin mainittu KKO:n ratkaisu (KKO:2001:9), jossa hakumenettely oli sinänsä asianmukainen ja perusteellinen, mutta kun se kuitenkin johti syrjivyyteen, oli myös työnantajan menettely syrjivää. Työnhakijoiden ansioituneisuuden arviointi on ongelmallista, sillä työnantajan puolelta arvioinnissa on vaikea sulkea subjektiivisuutta täysin pois. Oikeuskäytännön perusteella näyttäisi kuitenkin siltä, että työnhakijoiden ansioissa on oltava olennaisia eroja, jotta yksi hakijoista todettaisiin ansioituneimmaksi.⁵⁹

Vertailun tulisi aina olla yksilöllistä, ja arvioiden tulisi koskea hakijoiden henkilökohtaisia ominaisuuksia tai ansioita. Tyypillisillä, yleisesti toiseen sukupuoleen liitetyillä ominaisuuksilla ei tulisi olla merkitystä valinnassa. Työhönottopäätös ei siis saa perustua työnantajan käsityksiin naisten paremmasta soveltuvuudesta hoiva-alalle tai miesten paremmista johtajaominaisuuksista. Päätös tulee perustua tietyn yksittäisen hakijan hoiva- tai johtamisominaisuuksiin suhteessa toiseen hakijaan.⁶⁰

Työnantaja ei riko sukupuolisyrynnän kieltoa, jos hän voi osoittaa menettelyn johtuneen muusta hyväksyttävästä syystä. Kyse on siis tilanteesta, jossa ansiovertailun perusteella valituksi olisi pitänyt tulla toinen työntekijä ja syntyy syrjintäoletta. Työnantaja voi tällöin perustella, ansiovertailusta poikkeavaa, valintaansa toisella hyväksyttävällä syyllä. Syy voi olla esimerkiksi lakiin perustuva rajoitus tai se, että ansioituneempi hakija ei hyväksy toimen ehtoja. Ehtojen tulee luonnollisesti olla samat molemmille hakijoille. Esimerkki lakiin perustuvasta rajoituksesta on työsopimuslain asettama vaatimus työnantajalle tarjota työtä entisille työntekijöilleen.⁶¹

⁵⁸ Saarinen, s. 26

⁵⁹ Hautera, s. 8-12

⁶⁰ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 80–81

⁶¹ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 87–88

3.1.3 Työnantajan velvollisuus selvittää valintapäätöstä

Tasa-arvolakiin sisältyy todistustaakkasäännöksen ohella toinenkin syrjityn näyttötaakkaa helpottava säännös. Tasa-arvolain 10 §:ssä asetetaan työnantajalle velvollisuus antaa tekemästään valintapäätöksestä pyynnöstä selvitys sille, joka epäilee tulleen syrjityksi. Selvitysvelvollisuuden nimenomaisena tarkoituksena on antaa esimerkiksi työnhakijalle keino arvioida työnantajan valintapäätöksen oikeellisuutta, eikä selvitystä pyytävän tarvitse esittää minkäänlaisia syitä tai perusteluja epäilykselleen. Selvitysvelvollisuus koskee vain valittua työnhakijaa, ei kaikkia hakijoita. Tietojenantovelvollisuus ei luonnollisestikaan anna työnantajalle oikeutta merkitä selvitykseen kenenkään yksityisyydensuojan alaan kuuluvia tietoja, kuten tietoja terveydentilasta.⁶²

Säännöksen 1 momentti liittyy 8 §:n 2 momentin 1 kohtaan eli tilanteeseen, jossa hakijat ovat eri sukupuolta. Kyseinen säädöshän edellyttää syrjinnän täyttymiseksi, että valitsematta jäänyt on valittua ansioituneempi. Niinpä selvitysvelvollisuussäännöksen sitä koskevassa osassa onkin lueteltu asiat joita selvityksen tulee koskea, jotta työnhakija voi arvioida onko valittu ollut häntä itseään ansioituneempi. Työnantajan tulee selvityksessään yksilöidä valintaperusteet, valituksi tulleen koulutus, työ- ja muu kokemus sekä muut valintaan vaikuttaneet selvästi osoitettavissa olevat ansiot ja seikat. Edellä mainituista seikoista koulutuksella ja työkokemuksella lienee suurin merkitys ja ne ovat myös seikkoja, joita valitsematta jääneen on helpoin verrata itseensä. Tietojenantovelvollisuus koskee lähinnä objektiivisesti arvioitavia seikkoja, jotka ilmenevät esimerkiksi hakemusasiasiakirjoista⁶³.

Selvitysvelvollisuussäännöksen 2 momentti viittaa tasa-arvolain 8 §:n 2 momentin 2-5 kohtiin eli epäedulliseen asemaan asettamiseen muun muassa raskauden tai muun sukupuoleen liittyvän syyn perusteella. 8 §:n tämä kohta ei varsinaisesti edellytä erityistä ansioituneisuusvertailua ja se soveltuu valintapäätöksen ohella myös muuhun menettelyyn.

Sen lisäksi, että työnhakija voi selvityksen avulla arvioida valinnan oikeellisuutta, voi se olla myös mahdollisessa hyvitysoikeudenkäynnissä näyttöä, johon syrjintään vetoava

⁶² Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 268–269

⁶³ Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 269

osapuoli voi vedota. Tämän vuoksi onkin selvää, että työnantajan kieltäytyessä selvityksen antamisesta on myös sillä samansuuntaista vaikutusta todistustaakan jakautumiseen. Tasa-arvolautakunnan 25.3.2004 annettu lausunto (4/2004) koskee virantäyttöä, mutta soveltuu tasa-arvolain soveltamista koskevana myös työtehtävään valintaan. Tapaus koski kehittämiskeskuksen kahden projektipäällikön virkaa, joiden täyttämässä naispuolinen hakija katsoi tulleen syrjityksi tasa-arvolain 8 §:n 2 momentin 1 kohdan kieltämällä tavalla sukupuolensa perusteella.

Tasa-arvolautakunta totesi lausunnossaan muun ohella, ”että tilanteessa, jossa työnantajan on katsottava selvästi laiminlyöneen 10 §:n mukaisen selvitysvelvoitteensa ja estäneen siten työnhakijaa hankkimasta näyttöä siitä, että hän on mahdollisesti ansioituneempi kuin tehtävään valittu, tuomioistuimen on mahdollista päättää, että todistustaakka hyvitysoikeudenkäynnissä siirtyy kokonaan työnantajalle.”⁶⁴

3.2 Perhesuhdesyrjinnän kieltö

3.2.1 Yleistä

Lainsäädännössä ei ole määritelty perhesuhteiden käsitettä, mutta sen on katsottava kattavan perhesuhteet siinä laajassa merkityksessä, jossa sitä käytetään arkikielessä. Hallituksen esityksessä koskien työsopimuslakia (HE 39/1998 vp) on sen perhevapaasäännösten perusteluissa todettu, että ”perheen käsitettä ei ole mahdollista määritellä tyhjentävästi. Säännöksessä perheellä tarkoitetaan samassa taloudessa perheenomaisissa oloissa asuvien ihmisten lisäksi heidän esimerkiksi takenevassa tai etenevässä polvessa olevia lähisukulaisiaan”.⁶⁵ Perhesuhteilla voidaan tarkoittaa esimerkiksi hakijan parisuhdetilannetta tai asumisolosuhteita. Työnantaja ei saa työnhakutilanteessakaan antaa merkitystä esimerkiksi sille elääkö hakija avo- tai avioliitossa.

Myös yksinhuoltajuus sisältyy perhesuhteen määritelmään eikä työnantaja voi näin ollen syrjäyttää työnhakijaa työhönotossa sen vuoksi, että tämä on yksinhuoltaja. Myös

⁶⁴ Tasa-arvolautakunnan lausunto 25.3.2004

⁶⁵ *Kuoppamäki*, s. 161

tietyn tyyppinen suosiminen voi olla pykälän mukaan kiellettyä, jos se asiallisesti tarkoittaa toisen ryhmän syrjintää, kuten tapauksessa, jossa työnantaja oli työpaikkailmoituksella hakenut palvelukseensa vain 36-vuotiaita kahden lapsen yksinhuoltajajäitejä (Itä-Suomen HO 26.11.1996 R 96/67). Vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden vuoksi tapahtuvassa syrjinnässä ko. syrjinnän kieltä voisi siten tulla harkittavaksi esimerkiksi tilanteessa, jossa työnantaja asettaisi työnhakutilanteessa yksinhuoltajan eri asemaan suhteessa toiseen perheelliseen hakijaan, koska arvelisi lapsenhoidon haittaavan enemmän yksinhuoltajan työntekoa.

Syrjintä perhesuhteiden perusteella on kielletty työsopimuslaissa ja kunnallisesta viranhaltijasta annetussa laissa. Ko. syrjintäkielto löytyy myös rikoslain 47 luvusta. Syrjintää perhesuhteiden perusteella ei ole säädetty nimenomaisesti syrjintäperusteeksi perustuslaissa, mutta hallituksen esityksen (HE 309/1993 s. 44) mukaan sitä voidaan pitää yhdenvertaisuuspykälän *muuna henkilöön liittyvänä syynä* ja siten kiellettynä syrjintänä. Myöskään yhdenvertaisuuslaki ei tunne nimenomaista kieltä syrjiä perhesuhteiden perusteella, mutta sitä voidaan perustuslain tapaan pitää muuna henkilöön liittyvän syynä, joka on kielletty myös yhdenvertaisuuslaissa. On kuitenkin huomattava, että yhdenvertaisuuslain mukaista hyvitystä ei pelkästään edellä mainitulla perusteella voida välttämättä tuomita maksettavaksi.⁶⁶

Muiden syrjintäperusteiden yksityiskohtaisempi sääntely on huomattavasti uudempaa kuin tasa-arvolain sukupuolisyryjinnän. Työelämän osalta tosin jo vuoden 1970 työsopimuslaki kielsi eriarvoiseen asemaan asettamisen, sukupuolen ohella, syntyperän, uskonnon, iän, poliittisen tai ammattiyhdistystoiminnan taikka muun näihin verrattavan syyn perusteella. Säännöksen taustalla oli Kansainvälisen työjärjestön ILO:n yleissopimus. EU:n hyväksyttyä rotusyrjintädirektiivin (2000/43/EY) ja työsyryjintädirektiivin (2000/78/EY) oli Suomessakin tarpeen säätää yksityiskohtaisempi yhdenvertaisuuslaki. Tasa-arvolakia rakenteeltaan paljon muistuttava yhdenvertaisuuslaki saattoi voimaan ko. EU:n direktiivit Suomessa. Yhdenvertaisuuslaissa kielletään muun ohessa syrjintä kielen, uskonnon ja sukupuolisen suuntautumisen perusteella, mutta kuten sanottu perhesuhteita ei siinä erikseen mainita.⁶⁷

⁶⁶ Kuoppamäki, s. 160–161

⁶⁷ Kuoppamäki, s. 160–161

Perhesuhdetta koskevien syrjäntäkieltojen selvänä lähtökohtana on, että työhönotossa, työsuhteen aikana tai työsuhdetta päätettäessä ei tulisi kiinnittää huomiota siihen, onko työntekijä naimisissa, avoliitossa tai asuuko hän yksin. Käsitteeseen kuulunee myös se, onko työntekijällä lapsia tai muita elätettäviä. Perhesuhteilla ei yleensä ole mitään merkitystä siihen kuinka työntekijä suoriutuu tai suoriutuisi työtehtävistään.⁶⁸ Työhönoton osalta tämä tarkoittaa sitä, ettei työnantajan tule työntekijää valitessaan antaa perhesuhdeasioiden millään tavalla vaikuttaa valitsemispäätökseensä, vaikka hän olisikin niistä tietoinen.

On kuitenkin olemassa joitain ammatteja, kuten lastenhoitaja tai parisuhdeneuvoja, joissa voisi ajatella tietynlaisella perhesuhdetaustalla olevan merkitystä. Niidenkään osalta ei kuitenkaan voida pitää hyväksyttävänä erilaista kohtelua perhesuhteiden perusteella, sillä esimerkiksi lastenhoitajan kohdalla ei voida sanoa, että omia lapsiaan hoitanut työntekijä olisi yksistään tämän takia parempi hoitaja kuin lapseton. Kyse on työntekijöiden konkreettisten työssä tarvittavien taitojen arvioinnista. Ainoastaan sellaisessa teoreettisessa tilanteessa, jossa hakijat olisivat kaikki muu huomioon ottaen niin sanotusti samalla viivalla eikä valitsijalla olisi mitään muita perusteita valinnalle, lienee mahdollista perustaa valinta osittain perhesuhdetaustaan. Tämä lienee kuitenkin parempi tapa ratkaista asia kuin valita toinen hakijoista arpomalla.

Yhdenvertaisuustoimikunnan mietinnössä esitetään perhesuhteet lisättäväksi yhdenvertaisuuslaissa eriteltyyn syrjäntäperusteiden listaan, mikä tarkoittaisi myös sitä, että yhdenvertaisuuslain mukaisen hyvityksen tuomitseminen olisi mahdollista myös perhesuhteiden perusteella. Ehdotuksessa esitetään myös, että nykyinen vähemmistövaltuutetun virka korvattaisiin yhdenvertaisuusvaltuutetun viralla, jonka toimivalta koskisi kaikkia yhdenvertaisuuslaissa mainittuja syrjäntäperusteita. Nykyisen vähemmistövaltuutetun toimialaan kuuluu valvoa lähinnä etnisen yhdenvertaisuuden toteutumista.⁶⁹

⁶⁸ *Kuoppamäki*, s. 161

⁶⁹ *Yhdenvertaisuustoimikunnan mietintö*, s. 25

3.2.2 Perhesuhdesyrjinnän kieltö ja vanhemmuus

Kuten edellisessä jaksossa on todettu, perhesuhteen käsitettä ei ole lainsäädännössä varsinaisesti määritelty. Lainsäädännön perhekäsitys vastaa nykyisin pitkälti sen merkitystä arkikielessä, esimerkiksi edellä mainittua siviilisäätöä tai muuten asumisolosuhteita. Tämän kirjoituksen tarkoituksena on tarkastella nimenomaan mahdolliseen myöhempään vanhemmuuteen perustuvaa syrjintää työhönotossa, ja tämän vuoksi myös kyseessä olevassa tilanteessa erilaisen kohtelun tulee liittyä jollain tavalla hakijan perhesuhteisiin, jotta kyseessä voisi olla perhesuhdesyrjintä.

Työnantaja voi esimerkiksi jo aiemmin mainitulla tavalla asettaa hakijoita eri asemaan yksin sen perusteella elävätkö he avioliitossa vai avoliitossa, jos tämä uskoo avioitumisen kertovan hakijan todennäköisesti hankkivan lapsia lähitulevaisuudessa. Toisaalta jollekin työnantajalle jo pelkkä perhemuotoinen asuminen eli avoliittokin voi olla riittävä näyttö perhesuunnitelmista, jolloin hakijoihin saattaa kohdistua erilaista kohtelua sen perusteella asuvatko he yksin vai jonkun toisen kanssa. Ylempänä on todettu työsopimuslakia koskevan hallituksen esityksen kanta, jonka mukaan perhekäsitys pitää sisällään asumisen perheenomaisissa olosuhteissa. Perhesuhdesyrjinnän kiellon alle voidaan siis vaivatta sijoittaa erilainen kohtelu hakijan asumismuodon perusteella.

Jotta perhesuhdesyrjinnän kieltö siis tulisi sovellettavaksi, tulee erilaisen kohtelun perusteen nähdäkseni jollain tavalla liittyä hakijan perhesuhteisiin. Pelkkä erilainen kohtelu todennäköisemmän vanhemmuuden perusteella on tasa-arvolain mukaista välillistä sukupuolisyryntää vanhemmuuden ollessa sukupuoleen liittyvä ominaisuus. Mikäli työnantaja ei anna syrjivässä menettelyssään minkäänlaista merkitystä hakijan perhesuhdetalustalle, ei kysymys voine olla perhesuhdesyrjinnästä vaan kyseeseen voi tällöin tulla lähinnä tasa-arvolain kieltö syryä vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Ei ole kuitenkaan aivan merkityksetöntä kumpaa syryntäperustetta konkreettiseen tapaukseen sovelletaan. Yhdenvertaisuuslain mukaisen hyvityksen tuomitseminen kun ei edellä todetulla tavalla liene mahdollinen perhesuhdesyrjinnän tilanteessa. Työsopimuslain yleinen vahingonkorvaussäännös mahdollistaneee vahingonkorvauksen tuomitsemisen kuitenkin myös

perhesuhdesyrjinnän tilanteessa, tosin hyvitys sukupuolisyrynnästä voitaisiin tällaisessakin tilanteessa tuomita muun korvauksen lisäksi.⁷⁰

Työnantaja saattaa pitää yksin ja ei-yksin asuvia yhtä todennäköisinä vanhempina ja perustaa siksi harkintansa esimerkiksi täysin hakijan antamiin vastauksiin perhesuunnitelmista. Jäljempänä käsiteltävät perhesuhteista mahdollisesti työhönotossa esitetyt kysymykset ovat täten merkitseviä myös harkittavaksi tulevan syrjinnän kiellon kannalta. Vaikka tasa-arvolain mukainen kielto syrjiä vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella soveltuukin periaatteessa kaikkiin aihepiiriin tapauksiin, on perhesuhdesyrjinnän kielto merkitsevä erityisesti näytöllisistä syistä.

Työnantajan erilaisen kohtelun motiivia voi olla vaikeampi näyttää toteen kuin työhönotossa tapahtunutta konkreettista erilaista kohtelua, kuten esimerkiksi avioliitossa elävien tai ei-yksin asuvien syrjäyttämistä hakuprosessissa. Työnantajan esittäessä kysymyksiä vain hakijan perhesuhteista, kuten asumismuodosta, on syrjintä perhesuhteiden perusteella huomattavasti helpompi näyttää toteen kuin syrjintä vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella. Sen sijaan kysymykset lapsisuunnitelmista painavat vaakakupia sukupuolisyrynnän suuntaan.

⁷⁰ Kuoppamäki, s. 208–210

4 PERHESUhteITA KOSKEVAT TIEDOT TYÖHÖNOTOSSA

4.1 Kysyminen työnhakijan perhesuhteista

Tasapuolista kohtelua vaativat ja syrjinnän kieltävät lait ovat yhteydessä yksityisyydensuojaa koskevaan lainsäädäntöön eli lähinnä henkilötietolakiin ja yksityisyyden suojasta työelämässä annettuun lakiin. Pelkistäen kysymys on siitä, että kun työnantaja ei saa perustaa työhönottopäätöstään tiettyyn seikkaan esimerkiksi työnhakijan perhetaustaan, ei hänellä ole tarvettakaan saada tietoa tämän tyyppisistä seikoista.⁷¹ Toki työnhakija voi itse halutessaan tuoda esille tällaista informaatiota, mutta se ei silti tietenkään anna työnantajalle oikeutta käyttää sitä milloin osin perusteena valinnalleen, ei ainakaan siten että se vaikuttaisi vahingollisesti ko. hakijan kohdalla.

Yksityisyyden suojasta työelämässä annetun lain 3 § on perussäännös, joka määrittelee minkälaisia tietoja työntekijästä työnantajalla on oikeus kerätä tai muutoin käsitellä. Sen mukaan työnantaja voi kerätä tai käsitellä vain ko. työsuhteen kannalta välittömästi tarpeellisia tietoja, jotka ovat merkitseviä osapuolten oikeuksien tai velvollisuuksien hoitamisen kannalta, liittyvät työntekijälle tarjottuihin etuuksiin taikka johtuvat työtehtävien erityisluonteesta. Edellä sanottu pätee luonnollisesti myös työnhakijaan.⁷² Saman pykälän 2 momentissa todetaan vielä, ettei edeltävästä voida poiketa edes työntekijän suostumuksella, eli kuten äsken on todettu vaikka työntekijä toisi esille tietoja esimerkiksi perheestään, ei työnantaja saa käyttää näitä tietoja perusteena valinnalleen, eikä nähdäkseni haastattelija saisi myöskään kirjata tällaisia tietoja ylös esimerkiksi hakijan hakupapereihin, sillä tällainen menettely kuuluneen henkilötietojen käsittelyn alaan. Käsittelyllä tarkoitetaan muun muassa henkilötietojen tallettamista, siirtämistä, säilyttämistä ja muita henkilötietoihin kohdistuvia toimenpiteitä.⁷³

Yksityisyyden suojasta työelämässä annetun lain edellyttämän tarpeellisuusvaatimuksen vuoksi perhesuhteista työhönotossa esitetyt kysymykset ovat siis lähtökohtaisesti kiellettyjä kolmesta syystä. Ensimmäiseksi niiden ei voitane katsoa juuri missään tilanteessa olevan sillä tavalla tarpeellisia haetun tehtävän kannalta, että niistä

⁷¹ Nyssölä, s. 64

⁷² Nyssölä, s. 63

⁷³ Nyssölä, s. 34

kysyminen olisi sallittua. Toiseksi perhesuhdetiedot kuuluvat työnhakijan yksityisyyteen ja kolmanneksi kysymykset perhesuhteista voidaan katsoa tasa-arvolain vastaiseksi syrjinnäksi.⁷⁴

Aiemmin johdanto-osassa lyhyesti käsitellyssä tasa-arvovaltuutetun 30.11.2010 antamassa lausunnossa (TAS/370/2010) vastattiin kysymykseen, saako työhaastattelussa kysyä raskaudesta, lastenhoidosta tai muista perheasioista. Lausunnon mukaan tasa-arvolaki sisältää selkeän kiellon asettaa työnhakijoita eri asemaan vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella, mistä seuraa, että myös tällaisista asioista kysyminen työhaastattelussa on selkeästi kiellettyä. Kiellettyjä kysymyksiä ovat kysymykset raskaudesta, lastenhankintasuunnitelmista, lasten lukumäärästä ja lastenhoidon järjestämisestä. Niin ikään lausunnossa korostetaan, että menettelyä ei voi oikeuttaa sillä, että kysymyksiin vastaaminen olisi vapaaehtoista. Kyseisten asioiden selvittäminen työnantajan taholta työhönottotilanteessa voi aiheuttaa epäilyn sukupuoleen perustuvasta syrjinnästä, joka johtaa siihen, että työnantajan tulee tuomioistuimessa esittää näyttöä valinnan syrjimättömyydestä.⁷⁵

Edellä mainitussa tapauksessa, jota tasa-arvovaltuutetun antama lausunto koski, työnantajaosapuoli puolustautui sillä, että perheasioista keskusteleminen tapahtui vasta haastattelutilanteen jälkeen vapaamuotoisesti eikä varsinaisen työhaastattelun aikana. Tasa-arvovaltuutettu ei kuitenkaan ole perustellusti hyväksynyt esitettyä perustelua, sillä kuten lausunnossa todetaan työnhakijan voi olla vaikea päätellä, mikä osuus on varsinaista haastattelua ja mikä vapaamuotoisempaa keskustelua. Toisaalta en näe, että työnantajalla olisi sen enempää oikeutta tiedustella näitä asioilta hakijalta vaikka hän ensin ilmoittaisikin, että varsinainen työhaastattelu on nyt päättynyt. Tällä tavallahan työnantaja kiertäisi selvän kiellon kysyä perhesuhteisiin liittyvistä seikoista. Selvempää olisikin ollut jos lausunnossa olisi yksiselitteisesti todettu, ettei työnantajalähtöinen tiedustelu edellä mainituista asioista ole sallittua.

Perhesuhdekysymysten ollessa kiellettyjä ei työnhakija ole myöskään millään muotoa velvoitettu vastaamaan niihin. Valintapäätökseen ei luonnollisesti lain mukaan saa vaikuttaa se, että hakija jättää vastaamatta tällaiseen kysymykseen. Yksi tapa vastata ei-

⁷⁴ Koskinen – Hyvärinen, s. 3

⁷⁵ Tasa-arvovaltuutetun lausunto 30.11.2010

sallittuun kysymykseen on kysyä vastaavasti työnantajalta, miksi ko. tieto on tarpeellinen. Mikäli kysymyksen esittäjä ei pysty perustelemaan kysymystä, osoittaa hän itse kysymyksensä tarpeettomuuden ja samalla oikeudettomuuden.⁷⁶ Työnhakijan kannalta edellä kuvattu menettely ei kuitenkaan välttämättä juuri paranna tämän mahdollisuuksia tulla valituksi vaan saattaa tarkoittaa työnantajalle samaa kuin ei-toivottu vastaus.

Aiemman oikeuskäytännönkin perusteella voidaan kuitenkin todeta, ettei työnhakijan virheellisillä tai puutteellisilla vastauksilla edellä mainittuihin kysymyksiin ole yleensä merkitystä arvioidessa esimerkiksi luottamuspulaa työnantajan ja hakijan välillä. Näin ollen työnhakija voi käytännössä jopa valehdella. Mikäli kysymys ei ole ollut sallittu, työntekijä ei normaalisti syyllisty harhaanjohtamiseen. Toki tällainen menettely ei ole paras mahdollinen lähtökohta luottamukselliselle työsuhteelle.⁷⁷ Lisäksi on hyvä huomata alemman tarkastelun pohjalta, että tietyissä tilanteissa perhesuhdekysymykset voivat olla sallittuja, tosin tällöin työnantajan tulee pystyä perustelemaan kysymyksen tarpeellisuus haetun työtehtävän pohjalta. Yhteenvetona kiellettyihin perhesuhdekysymyksiin virheellisesti vastaamisen vaikutuksista työsuhteeseen voidaan esittää eräs Helsingin hovioikeuden tuomio, jossa tosin poikkeuksena esitetty tehtävän haitallisuus raskaana olevalle tai sikiölle on turhan lakea ilmaus.

HHO 3.12.2003 S 03/435. Vastaja B on väittänyt, että kantaja A oli työhaastattelussa ilmoittanut, ettei hänen tarkoituksensa ollut hankkia lapsia ainakaan kahdeksaan vuoteen ja katsonut, että sillä, että kantaja A:n oli ollut tarkoitus päteväytyä ja vastata vastaja B:n kirjanpidosta sen jälkeen, kun silloinen kirjanpitäjä jäisi eläkkeelle, oli merkitystä harkittaessa työsopimuksen irtisanomista. Oikeus katsoo, ettei sukupuoleen liittyville tekijöille saa yleensä antaa merkitystä työhön otettaessa ja ettei siten niiden osalta esitettyihin kysymyksiin virheellisesti vastanneeseen työntekijään voi kohdistaa mitään epäedullisia toimenpiteitä. Poikkeuksena tästä ovat ainoastaan sellaiset tehtävät, joihin luonteensa puolesta ei voi hankkia sijaista tai, jotka voivat aiheuttaa esim. raskaana olevalle naiselle tai sikiölle terveydellistä haittaa. Näin ollen oikeus katsoo, ettei asiassa ole merkitystä sillä, mitä kantaja on mahdollisesti vastannut lasten hankkimista koskeneisiin kysymyksiin, jos sellaisia on esitetty.

⁷⁶ Koskinen – Hyvärinen, s. 9

⁷⁷ Huusko, s. 11

4.2 Perhesuhdekysymysten perustelu työnantajan puolelta

Työnantajapuolelta on esitetty tiettyjä perusteita perhesuhteista kysymiselle. Perusteiden käyttökelpoisuus on lähtökohtaisesti melko huono käsiteltävän aihealueen kannalta. Perhesuhteista kysymiselle kun ei pääsääntöisesti löydy perustetta haettavan tehtävän kannalta. Kuten tietosuojavaltuutettukin on 18.6.1998 annetussa lausunnossaan todennut; työnhakijasta voidaan kerätä tietoja, jotka ovat tarpeellisia valinnan kannalta. Kyseeseen tulevat siis pääasiassa ammatillista osaamista ja soveltuvuutta koskevat tiedot. Sen jälkeen kun työnhakijasta on tullut työntekijä, on henkilötietojen keräämiselle enemmän perusteita. Perhesuhteiden osalta tietosuojavaltuutettukin on tulkinnut yksityisyydensuojaa tiukasti.⁷⁸

Esitetyistä perusteista perhesuhdekysymyksille voidaan kuitenkin nostaa esille ainakin *työsuhteen määräaikaisuus, raskaana olevan työsuojelu, työn sijainti ulkomailla tai toisella paikkakunnalla kotimaassa, hakijan puolison harjoittama kilpaileva toiminta ja poliittinen sitoutuminen sekä haku johtavan työntekijän asemaan*,⁷⁹ sekä aiemmin perhesuhdesyrjinnän kohdalla käsitelty keskustelutilanteen vapaamuotoisuus, joka kuitenkin lähtökohdaltaan poikkeaa hieman edellisistä, sillä siinä puolustelu kohdistuu itse tilanteeseen eikä varsinaisesti kysymyksiin. Viimeksi mainitun osalta sen tehottomuus on todettu hyvin selvästi jo edellisessä jaksossa, mutta muita esitettyjä perusteita tarkastellaan pääpiirteisesti seuraavassa.⁸⁰

Työsuhteen määräaikaisuus ei pääsääntöisesti anna työnantajalle sen enempää oikeutta tiedustella hakijan perhesuhteista kuin minkään muunlainenkaan työsuhde. Työnantajalle mahdollisesta äitiys- ja/tai vanhempainvapaasta syntyvät lisäkustannukset eivät ole missään tilanteessa riittävä peruste kysyä työnhakijan perhetilanteesta. Määräaikaisenkin työtehtävän tekijälle voidaan tarvittaessa palkata sijainen. EY-tuomioistuimen määräaikaisperusteesta antamat ratkaisut⁸¹ toteavat yksiselitteisesti, ettei esimerkiksi yksin määräaikaisen tehtävän lyhyys ole riittävä peruste, jolla pätevemmän hakijan saa syrjäyttää työnhaussa.

⁷⁸ Koskinen, s. 16

⁷⁹ Koskinen – Hyvärinen, s. 4–8

⁸⁰ Ks. tarkemm. Koskinen – Hyvärinen, s. 4–8; ”2.2. Miten työnantaja pyrkii perustelemaan tietojen keräämisen työnhakijan raskaudesta ja perheestä?”

⁸¹ Esim. C-109/00 Tele Denmark

Määräaikaisuusperuste yhdessä työn luonteeseen liittyvän seikan kanssa voinee kuitenkin tietyissä tapauksissa riittää perusteeksi syrjäyttää ansioituneempi raskaana oleva työnhakija. Jos esimerkiksi määräaikainen työtehtävä on projektiluontoinen siten, että on välttämätöntä tai erityisen tärkeää, että sen suorittaa loppuun sama henkilö. Työnantajalla voi tällaisessa tilanteessa olla erityistä merkitystä sillä, ettei työnhakija tule jäämään työtehtävän aikana vanhempainvapaalle ja siten oikeus tiedustella hakijan perhesuunnitelmista. On kuitenkin huomattava, että ko. työn tai tehtävän laadun tulee nimenomaan edellyttää saman henkilön suoritusta.⁸²

Vaikka syrjintä raskauden perusteella ei kuulukaan varsinaisesti käsiteltävään aihealueeseen näkisin, että työsuojelu raskauden perusteella voisi tietyissä harvoissa tilanteissa yhdessä tehtävän määräaikaisuuden kanssa olla jossain määrin merkityksellinen perhesuhdekysymystenkin osalta. Kuten määräaikaisuusperustelun kohdalla on tullut todettua, työn luonne yhdessä työn määräaikaisuuden kanssa voinee tietyissä tapauksissa mahdollistaa kysymisen raskaudesta, eli tilanteet, jossa työtehtävä on esimerkiksi projektiluontoinen ja on erityisen tärkeää, että työntekijä ei vaihdu projektin aikana.

Samalla tavalla työsuojelun kannalta voitaisiin mielestäni katsoa, että mikäli kyseessä on työtehtävä, jonka tekijä ei saisi vaihtua kesken tehtävän eikä tehtävää voisi hoitaa raskaana ollessa työsuojelullisista syistä, työnantajalla voisi olla oikeus kysyä hakijan perhesuunnitelmista. Kysymykseen tulevien mahdollisten työtehtävien rajauksen vuoksi kyseisellä kohdalla ei liene juuri konkreettista vaan lähinnä teoreettista merkitystä.

Työnhakijan perhetilanteella on usein paljon merkitystä hänen mahdollisuuksiinsa muuttaa toiseen maahan tai toiselle paikkakunnalle työnperässä. Tämän takia erityisesti työnantajan puolelta voitaisiinkin katsoa, että kun kyseessä on työpaikka jonka tekopaikka voi mahdollisesti muuttua, työnantajalla olisi tällöin oikeus kysyä hakijan perhesuhteista, jotka kertovat tämän mahdollisuuksista siirtyä muualle.⁸³ Esimerkiksi, kun kyse on työpaikasta, jossa on merkittävä mahdollisuus sen siirtymisestä ulkomaille hakijan lasten ja erityisesti puolison suhtautumisella voi olla suuri merkitys sille tuleeko hakija myöhemmin muuttamaan muualle työn sinne siirtyessä.

⁸² Koskinen – Nieminen – Valkonen, s. 277

⁸³ Koskinen, s.16–17

Työnantaja voisi toki tällaisessa tilanteessa etsiä jälleen uuden työntekijän muualle siirtyneeseen tehtävään, mutta mikäli työntekijän vaihtumattomuus olisi tehtävän hoitamisen kannalta tärkeää, voisi kysyminen hyvinkin olla perusteltua. Edellä mainitunlainen tilanne voisi muodostua esimerkiksi kahdessa maassa toimivassa yrityksessä, joka tarvitsisi työntekijän hoitamaan sen toimintoja ulkomaille, kuitenkin niin että perehtyminen yrityksen toimintaan tapahtuisi ensin kotimaassa. Tällöin, etenkin perehdytyksen ollessa verrattain pitkä, työnantajalle olisi huomattavaa merkitystä sillä, olisiko työntekijä lopulta valmis siirtymään toiseen maahan. Kyseisessä tilanteessa perhesuhdetieto voisi olla tarpeellinen nimenomaan työtehtävän hoidon kannalta.

Työnantajan harjoittamasta toiminnasta riippuen tällä voi olla myös tarvetta selvittää työnhakijan tietyt intressit ja riippuvuussuhteet jo työnhakuvaiheessa. Työnhakijan mahdollisen oman kilpailevan toiminnan pääpiirteinen selvittäminen voidaankin katsoa sallituksi jo työnhakuvaiheessa. Hakijan puolison mahdollisesti harjoittaman kilpailevan toiminnan selvittämistä ei kuitenkaan liene sallittua vielä työnhakuvaiheessa, sillä työnhakijan ja hänen puolisonsakin mahdollisen kilpailevan toiminnan haitta voidaan ehkäistä kilpailukiello- ja vaitiolosopimuksilla.⁸⁴

Helsingin hovioikeuden 18.3.2010 antamassa tuomiossa (S 09/2057) otettiin kantaa työnhakijan työhaastattelussa antamien tietojen virheellisyyden merkitykseen työsuhteen päättämisperusteena. Suurin huomio tapauksessa, ainakin julkisuudessa, keskittyi työnhakijan sukupuoleen ja työnantajan tästä saaman virheellisen käsityksen merkitykseen asiassa. Yhtenä arvioitavana seikkana tapauksessa oli kuitenkin myös se, onko hakijalla velvollisuutta kertoa puolisonsa poliittisesta aktiivisuudesta työhaastattelussa. Hovioikeuden perustelujen mukaan työnantajalla sinänsä oli oikeus kysyä myös puolison poliittisesta aktiivisuudesta ja tällöin työntekijän virheellinen tai puutteellinen vastaaminen näihin kysymyksiin oli tuomittavaa. Puolison poliittista aktiivisuutta koskevan osan ei tapauksessa kuitenkaan katsottu olleen niin merkitsevää, että se olisi antanut perusteen irtisanomiseen, kun muutkaan perusteet eivät olleet riittäviä.

⁸⁴ Koskinen, s.16–17

Mainitusta tapauksesta voidaan todeta, että perhesuhdekysymysten esittäminen voi tietyissä tilanteissa olla perusteltua edellä mainitun puolison poliittisen aktiivisuuden selvittämiseksi. On kuitenkin tärkeää huomata, että keskeistä on jälleen tiedon tarpeellisuus tehtävän hoidon kannalta. Kyseisessä tapauksessa tehtävä oli päätoimittajan työ sitoutumattomassa lehdessä. Tällaisessa tilanteessa voitiinkin katsoa, että työntekijän työhön voisi merkittävästi vaikuttaa puolison mahdollisesti vahvat poliittiset näkemykset, joita tämä pyrki tuomaan esille perheen sisällä. Poliittisenkaan aktiivisuudenkaan varjolla ei siis voida kysyä hakijan perhesuhteista, jos sillä ei ole oikeasti merkitystä kyseisen tehtävän hoidon kannalta. Kysymykseen tulevat lähinnä juuri erityistä poliittista sitoutumattomuutta tai sitoumusta vaativat tehtävät.

4.3 Perhesuhdetietojen esilletulo työnhakijan taholta

Mikäli perhetausta-asia tulee esille työnhakijan toimesta, on tilanne hieman toisenlainen. Selvää on, että työnhakijan selvittäessä täysin omasta aloitteestaan perhetilannettaan ei kysymys voi olla kielletystä menettelystä, eikä tällainen tilanne vielä ainakaan yksinään käännä todistustaakkaakaan työnantajalle mahdollisessa tuomioistuinkäsittelyssä, vaikka valituksi tullut olisi vähemmän ansioituneempi. Työnhakijahan voi, saadessaan haastattelutilanteen tai aiemman tiedon pohjalta käsityksen ko. työnantajan myönteisestä suhtautumisesta perheenperustamiseen, katsoa, että hänen kannattaa kertoa perhetaustastaan.

Tällaisen tilanteen voisi katsoa syntyvän melko luontevasti esimerkiksi lastenhoitajan tehtävään haettaessa, jossa työnantaja voisi hyvinkin katsoa työnhakijan eduksi sen, että tällä olisi itsellään lapsia. Toinen asia sitten on, että työnantaja ei lain mukaan lähtökohtaisesti saisi antaa tällaisen tiedon vaikuttaa valinnassaan, ainakaan toisen hakijan vahingoksi. Työnantajan edustaja saa siis työhönottotilanteessakin melko vapaasti keskustella työnhakijan kanssa tämän perhetaustasta, jos keskustelu on työnhakijalähtöistä, kunhan muistaa ettei näin saadut tiedot saa vaikuttaa valintapäätökseen. Työnhakijalähtöisessä keskustelussakaan saatuja tietoja ei kuitenkaan ole viisasta kirjata ylös, sillä tällöin mentäneen jo henkilötietojen käsittelyn puolelle, kuten aiemmin on todettu.

Työnantajan tulee olla niin ikään huolellinen siinä, että työnhakija pysyy koko keskustelun ajan aloitteellisena osapuolena ja niin, että kaikki uusi informaatio tulee hakijalta. Yksityisyyden suojasta työelämässä annettu lakikin lähtee siitä mitä tietoja työnantajalla on oikeus tai ei ole oikeutta kerätä. Laki ei luonnollisestikaan kiellä työnantajaa kuuntelemasta, mikäli hakija kertoo perheasioistaan. Esimerkiksi työnhakijan kertoessa, että hänellä on ennestään kaksi lasta, ei haastattelija kuitenkaan saisi vuorostaan kysyä mahdollisista lisälapsihaaveista tai sitä onko työntekijä sillä hetkellä raskaana. Tällaisella lisäkysymyksellä on suora yhteys työnhakijan mahdolliseen myöhempään äitiys- ja/tai vanhempainvapaaseen ja on siten merkitykseltään hyvin erilainen kuin pelkkä toteamus lasten lukumäärästä. Vaikka työnantajaa ei voi kieltää keskustelemasta työnhakijan kanssa tämän perhesuhteista, mikäli hakija haluaa näin tehdä, voi työhaastattelija toki kertoa hakijalla, ettei tällaisia asioita välttämättä tarvitse tuoda työnantajan tietoon.

Tieto perhesuhteista voi tulla työnantajan tietoon myös muuta kautta. Hakijan itse lähettämässä työhakemuksessa saattaa esimerkiksi olla tietoja tämän perhesuhteista, jolloin tilanne on ainakin käytännössä hieman ongelmallinen. Tarpeellisuusvaatimuksen arviointi kun kuuluu nimenomaan työnantajalle, eikä työnhakijalle ja työnhakija voikin käytännössä lähettää työhakemuksessaan liiallisia tai turhia tietoja, joita työnantajalla ei ole lain mukaan edes oikeutta käsitellä. Ei varmasti ole kovin harvinaista, että työnhakija kirjoittaa hakemukseensa perhetaustastaan, esimerkiksi lapsistaan tai siviilisäädystään. Periaatteessa työnantajan tulisi lähettää takaisin tai poistaa/hävittää työnhakijaa koskevat tiedot, joita hänellä ei ole oikeutta käsitellä.⁸⁵

Käytännössä kuitenkin suuren työnantajayrityksen tapauksessa hakemuksia tehtävään voi saapua erittäin suuri määrä, jolloin tietojen poistaminen hakemuksista voi olla lähestulkoon mahdotonta. Työnantaja ei toimiessaan lainmukaisesti voi myöskään välittömästi hävittää ns. selviä tapauksia, sillä työnantajalla on velvollisuus myös säilyttää hakemuksia mahdollisen valinnan riitautuksen varalta.⁸⁶ Lukumäärältään vähäisten hakemusten tapauksessa taas työnantaja joka tapauksessa muistaa kenen hakijan hakemuksessa maininta perhesuhteista on ollut, jolloin tiedon poistaminen paperista on varsin semanttinen, mutta kylläkin lainmukainen toimenpide.

⁸⁵ Koskinen – Alapuranen – Heino – Salli, s. 148

⁸⁶ Koskinen – Alapuranen – Heino – Salli, s. 149

4.4 Asiattomien kysymysten merkitys tuomioistuinkäsittelyssä

Ylempänä todistustaakkaa koskevan osan kohdalla on todettu, että syrjintäasiassa syrjityn asemaa on helpotettu ns. osittain käännetyllä todistustaakalla. Periaate tarkoittaa siis sitä, että syrjityn tai sellaisen, joka epäilee tulleen syrjityksi, esittäessä riittävää näyttöä mahdollisesta syrjinnästä, todistustaakka asiassa kääntyy työnantajaosapuolelle, jonka tulee vuorostaan esittää vastanäyttöä, ettei syrjintää ole tapahtunut. Kuten edellä on sanottu, pelkkä syrjityn epäily syrjinnästä ei ole riittävää vaan todistustaakan kääntämiseen ja syrjintäolettan syntymiseen tarvitaan jotain konkreettista näyttöä.

Kun työhönotossa ei pääsääntöisesti ole lain mukaan mitään oikeutta tai tarvettakaan kysellä hakijoilta näiden perhesuunnitelmista, ovat tällaiset kysymykset syrjityn kannalta hyvää näyttöä syrjivän menettelyn toteennäyttämiseksi tuomioistuimessa. Työnantaja ei voine enää nykyään kovin hyvin puolustautua väitteellä, ettei tiennyt perhesuhdekysymysten olevan kiellettyjä. Toki väitteellä voinee olla merkityssä arvioitaessa menettelyn vakavuusastetta ja mahdollisen hyvityksen suuruutta.

Erilaisilla perhesuhdekysymyksillä voi luonnollisesti olla erilainen painoarvo, joka vaikuttaa siihen kuinka hyvää näyttöä työnantajan tulee esittää kääntääkseen todistustaakan jälleen kantajalle ja kumotakseen syrjintäolettan. Haastattelijan suoraan esittämät kysymykset perhesuunnitelmista eli lasten hankinnasta lienevät luokkaa vakavampia kuin yleisluontoisemmat kysymykset olemassa olevasta perheestä, kuten puolisoista.

Vaikka jo aiemmin edellä mainitussa tapauksessa KKO:1992:7 Korkein oikeus eväsikin työntekijältä tasa-arvolain mukaisen hyvityksen edellä mainituilla perusteilla, katsottiin irtisanominen kuitenkin lainvastaiseksi, kun sen todettiin tapahtuneen työntekijän raskauden johdosta. Hovioikeuden perusteluissa, joihin Korkeinkin oikeus yhtyi, mainittiin erityisesti arviointiin vaikuttavana seikkana se, että työsopimuksesta neuvoteltaessa yhtiö oli kiinnittänyt huomiota siihen, aikoiko työnhakija hankkia lapsia.

Arvioitaessa syrjintää työhönotossa tasa-arvolain mukaisena sukupuolisyryjintänä, tulee sovellettavaksi erityisesti työhönotossa tapahtuvaa syrjintää ajatellen laaditut lain 8 §:n 1 ja 2 kohdat. Ensimmäinen kohta soveltuu välittömään syrjintään sukupuolen

perusteella, joka voi tulla kyseeseen myös silloin kun työnantaja on todellisuudessa syrjinyt hakijaa tai hakijoita mahdollisen tulevan vanhemmuuden perusteella. Vanhemmuus syrjinnän motivoijana kun on paljon vaikeampi näyttää kuin kategorinen toisen sukupuolen syrjiminen. Kyseinen kohta edellyttää ansioituneisuusvertailua valituksi tulleen ja valitsematta jääneen välillä, joten tässä tapauksessa syrjityn tulee ensimmäiseksi näyttää että hän on ansioituneempi kuin valituksi tullut toisen sukupuolen edustaja. Vertailun kertoessa syrjinnästä on se jo itsessään pääsääntöisesti riittävä näyttö todistustaakan kääntymiseksi. Tässäkin tapauksessa väärin perustein esitetyt kysymykset kuitenkin edelleen vahvistavat kantajapuolen asemaa.

Tasa-arvolain 8 §:n 1 momentin 2 kohta turvaa käytännössä nimenomaan nuorten naisten asemaa työnhauksessa⁸⁷, vaikka siihen sisältyvä *muu sukupuoleen liittyvä syy*, esimerkiksi vanhemmuus, voi soveltua myös mieshakijaan. Toisessa kohdassa ei ole kyse ainoastaan varsinaisesta valinnasta työnhakijoiden välillä vaan sen tarkoituksena on myös estää syrjivä *menettely* työhönotossa, esimerkiksi juuri syrjivät toimintatavat työhaastattelussa eli vaikkapa nyt käsiteltävät kysymykset perhesuhteista. Näin ollen jo pelkät perhesuunnitelmiin liittyvät kysymykset työhönotossa voivat olla tasa-arvolain mukaista syrjintää. Toisen kohdan mukainen syrjintä ei edellytä ansioituneisuusvertailua, mutta tässäkin tilanteessa ero valitun ja valitsematta jääneen ansiossa toimii osanäyttönä syrjivästä menettelystä.

Rikosasiassa tällaisten kysymysten merkitys ei tietenkään ole aivan vastaava kuin siviiliasiassa, kun todistustaakkasäännöksiä ei voida rikosasiassa soveltaa. Kysymykset vaikuttavat kuitenkin tavanomaisena näyttönä kertoen syytetyn eli työnantajan mahdollisesti lainvastaisesta menettelystä syytettyä kohtaan ja voivat siten olla tietyissä tilanteissa hyvinkin raskauttavia. Esimerkiksi tilanteessa jossa valinnassa on syrjäytetty selvästi valittua ansioituneempi hakija ja valitsematta jäänyt sekä muutkin hakijat todistavat haastattelijan esittäneen kysymyksiä erityisesti perhesuunnitelmista. Mikäli tällaisessa tilanteessa vielä valitsematta jäänyt kertoisi vastanneensa kysymykseen, että lapsi voisi olla lähitulevaisuudessa toivottu, olisi tilanteessa yksityiskohdista riippuen nähdäkseni jo riittävästi näyttöä ainakin syytteen nostamiseen.

⁸⁷ Samoin. Koskinen – Hyvärinen, s. 4

5 SYRJITYN OIKEUSSUOJA

5.1 Aluksi

Yhdenvertaisuuden toteutumista valvovat tasa-arvolain osalta tasa-arvovaltuutettu ja yhdenvertaisuuslain osalta työsuojeluviranomaiset. Molemmat viranomaiset antavat syrjintää epäilevälle neuvontaa muun muassa siitä, miten syrjintäasian voi viedä eteenpäin. Ne voivat myös tehdä poliisille ilmoituksen, mikäli ne arvioivat että työsyrintärikoksen tunnusmerkistö täyttyy ko. tapauksessa. Tasa-arvovaltuutettu tai työsuojeluviranomainen ei kuitenkaan voi itse nostaa kannetta tuomioistuimessa vaan syrjityn on tehtävä tämä itse.⁸⁸

Vaikka voitaisiinkin osoittaa työnantajan tehneen valintansa virheellisin perustein jättäen esimerkiksi valitsematta parhaan hakijan tämän raskauden tai lapsisuunnitelmista esitettyyn kysymykseen antaman vastauksen perusteella, ei syrjitylläkään työnhakijalla ole subjektiivista oikeutta tulla valituksi ko. työtehtävään. Työnantaja voi syrjintäkieltojen estämättä valita työtehtävään juuri sen henkilön jonka haluaa, ja juuri sellaisin perustein kuin haluaa. Tuomioistuin ei voi puuttua siihen kuka hakijoista viime kädessä tekee työtä ko. työpaikassa.

Tehdessään valinnan väärin perustein eli vaikkapa syrjäyttämällä jonkun hakijan tämän perhetilanteen vuoksi, työnantaja ottaa kuitenkin riskin siitä, että hän joutuu valinnan perusteella hyvitys- tai vahingonkorvausvelvolliseksi syrjittyä kohtaan tai jopa rikosvastuuseen työsyrintärikoksesta.

Syrjityksi tullut voi nostaa tuomioistuimessa kanteen hyvityksen tuomitsemiseksi tapahtuneesta syrjinnästä. Hyvitys voidaan tuomita vain tasa-arvolain mukaisesta sukupuolisyrynnästä, sillä yhdenvertaisuuslain mukaista hyvitystä ei voida tuomita perhesuhdesyrjinnästä aiemminkin mainituista syistä. Työhönottotilanteissa kanne on nostettava yhden vuoden kuluessa.⁸⁹

Kuten edellä todettiin, ilmoituksen työsyrynnästä poliisille voivat tehdä syrjintää kokeneen ohella myös työsuojeluviranomaiset ja tasa-arvovaltuutettu.

⁸⁸ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 282–321

⁸⁹ Tasa-arvovaltuutetun kotisivut (www.tasa-arvo.fi). Syrjintä » Epäiletkö tullesii syrjityksi? » Työelämässä

Työsyrintärikoksesta säädetään rikoslain 47 luvun 3 §:ssä. Työsyrintärikokseen syyllistyy muun muassa työnantaja joka työntekijää valitessaan asettaa työnhakijan epäedulliseen asemaan sukupuolen tai perhesuhteiden perusteella. Työsyrintään syyllistynyt voidaan tuomita sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi vuodeksi.

5.2 Tasa-arvo- ja työsuojeluviranomaisten apu

Tasa-arvolain valvontajärjestelmä koostuu tasa-arvovaltuutetusta ja tasa-arvolautakunnasta. Tasa-arvovaltuutetun valvontatehtävä, joka painottuu *ohjaavaan* ja *neuvovaan* toimintaan, määräytyy tasa-arvolain soveltamisalan mukaan. Tehtäviin kuuluu muun muassa tasa-arvolain syrjintäkieltojen noudattamisen valvominen ja tasa-arvolaista tiedottaminen. Tasa-arvovaltuutettu voi avustaa syrjittyä tuomioistuimessa, jos asialla on valtuutetun käsityksen mukaan huomattava merkitys. Kuluriskikin on tällöin täysin syrjityn kannettavana. Valtuutettu ei voi nostaa kannetta tasa-arvoasiassa, toisin kuin vastaava ruotsalainen viranomais.⁹⁰ Näin ollen syrjintäasian käsittely tuomioistuimessa on täysin syrjityksi tulleen toimien varassa.

Käytännössä syrjintätapauksen selvittäminen vaatii sitä, että syrjintää kokenut tai sitä epäilevä työnhakija on aloitteellinen eli esittää työnantajalle vaatimuksia tai vaatii tältä selvityksiä menettelystään. Jos työnhakija on ammattiliiton jäsen, voi liitosta saada neuvonta- tai oikeudellista apua taikka muuta tukea yhteydenpidossa työnantajapuoleen. Sukupuoleen perustuvan syrjinnän osalta valvontaa hoitaa tasa-arvovaltuutettu, joka voi myös antaa neuvoa kuinka epäilyssä syrjintätilanteessa tulisi edetä. Käytännössä syrjityksi tullut työnhakija tutustuu tasa-arvovaltuutetun intranet-sivujen ohjeisiin, jonka jälkeen hän ollessaan edelleen vakuuttunut syrjityksi tulemisestaan pyytää työnantajalta selvitystä valintamenettelystä. Mikäli työnantaja ei halua antaa selvitystä, tulee syrjintää epäilevän kääntyä tasa-arvovaltuutetun puoleen.

Tasa-arvovaltuutetun kannanotot ovat muodoltaan ohjeita tai lausuntoja. Ohjeet ovat oikeudelliselta statukseltaan suosituksen luonteisia tasa-arvovaltuutetun kannanottoja. Päättämiseksi on estää lainvastaisen menettelyn jatkaminen tai uusiutuminen, mutta ohjeeseen voi myös sisältyä kannanotto siitä, onko jo tapahtuneessa menettelyssä,

⁹⁰ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 282

esimerkiksi työhönotossa, toimittu syrjintäkiellon vastaisesti. Valtuutettu voi antaa ohjeensa kirjallisena *lausuntona*, jota pyytäjä voi käyttää apuna harkitessaan jatkokäsittelyn aiheellisuutta. Tasa-arvovaltuutettu voi saattaa syrjintäkieltojen vastaiseksi havaitsemansa menettelyn tasa-arvolautakunnan käsiteltäväksi, joka voi kieltää menettelyn jatkamisen tai uusimisen sakon uhalla. Tällainen kiello vaikuttaa tulevaisuuteen, eikä työnantajalle koidu haitallisia seuraamuksia mikäli hän noudattaa kielloa.⁹¹

Nykyinen yhdenvertaisuuslaki ei tunne yleistä tasa-arvovaltuutetun kaltaista viranomaista, jolle kuuluisi kaikkien yhdenvertaisuuslain syrjintäkieltojen valvominen. Lain noudattamista työsuhteessa ja muutenkin työpaikoilla valvovat työsuojeluviranomaiset. Työsuojeluviranomaiset valvovat työsopimuslain 13 luvun 12 §:n mukaan myös sen lain noudattamista. Perhesuhdesyrjintä on kielletty selvästi työsopimuslaissa ja sen on katsottava kuuluvan myös yhdenvertaisuuslaissa kiellettyihin syrjintäperusteisiin, joten on selvää, että perhesuhdesyrjinnän osalta valvontavastuu on nimenomaan työsuojeluviranomaisilla. Tosin työsuojeluviranomaisten harjoittamassa valvontatoiminnassa pääpaino lienee vahvasti työturvallisuuslain noudattamisen valvonnassa.

Yhdenvertaisuustoimikunnan mietinnössä (KM 2009:4) tasa-arvovaltuutetun toimi säilyisi kun tasa-arvolakia ja yhdenvertaisuuslaki ei olisi tarkoitus yhdistää samaksi laiksi, mutta tasa-arvolautakunta ja syrjintälautakunta ehdotetaan yhdistettäväksi yhdeksi lautakunnaksi, jonka nimi olisi *yhdenvertaisuuslautakunta*. Lautakunnan tehtäviin kuuluisi syrjinnän estämisen ja siihen puuttumisen ohella myös yhdenvertaisuuden ja tasa-arvon edistämiseen liittyvien suunnitelmavelvoitteiden valvonta. Lautakunnan tulisi olla toiminnassaan riippumaton viranomaisten ohella muistakin ulkopuolisista tahoista, ja riippumattomuus turvattaisiin lisäämällä lakiin nimenomainen maininta asiasta.⁹²

⁹¹ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 283, 320–321

⁹² Yhdenvertaisuustoimikunnan komiteamietintö, s. 91

5.3 Hyvityskanne tuomioistuimessa

Tasa-arvolain 11 §:ssä säädetään hyvityksestä, jonka tasa-arvolain mukaista syrjinnän kieltä rikkonut on velvollinen maksamaan syrjitylle. Ensimmäisen momentin mukaan hyvityksenmaksuvelvollisuus voi seurata lain 8 §:n ja 8 a – 8 e §:ssä kielletystä syrjinnästä. Hyvitysvelvollisuus voi siten seurata niin työelämän tilanteissa, kuten työhönotossa, kuin myös vastatoimien tapauksessa. Työhönottotilanteita koskee rajaus, jonka mukaan hyvityksen enimmäismäärä on rajoitettu 17 360 euroon, jos työnantaja voi osoittaa, ettei syrjitty olisi tullut valituksi vaikka valinta olisi tehty syrjimättömin perustein.

Tasa-arvolain ja yhdenvertaisuuslainkin hyvitys on luonteeltaan rangaistusluonteinen maksuvelvoite, ja kuten on jo todettu, hyvitys on riippumaton ja itsenäinen ns. taloudellisen vahingon määrästä.⁹³ Hyvityksen määrää arvioidaan itse syrjinnän vakavuuden pohjalta, eikä suuri taloudellinen vahinko välttämättä tarkoita, että myös hyvityksen tulisi olla määrältään suuri. Esimerkiksi haettavana työpaikkana saattaa olla hyvin suuripalkkainen tehtävä suuressa yrityksessä, jolloin taloudellinen vahinko syrjitylle työnhakijalle saamatta jääneiden ansioiden muodossa saattaa olla hyvinkin suuri. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että myös hyvityksen tulisi olla tällöin mittava vaan sitä arvioidaan erilaisin itse syrjinnän vakavuudesta kertovin perustein. Tosin hyvitystä pienentävänä seikkana otetaan lainkohdan mukaan huomioon samasta teosta muun lain nojalla henkilöön kohdistuvasta loukkauksesta tuomittu tai maksettavaksi määrätty taloudellinen seuraamus.

Vaikka vahingonkorvausoikeudelliselta näkökohdalta hyvitys onkin rangaistusluonteinen, ei se välttämättä sanktiona kohdistu rikkojaan henkilökohtaisesti vaan maksaja määräytyy vahingonkorvausoikeudellisten vastuun kanavointia ja isännänvastuuta koskevien periaatteiden mukaisesti. Eli työhaastattelijana toimiva työnantajan edustaja ei joudu itse hyvitysvelvolliseksi syrjittyä kohtaan vaan vastuu kanavoituu esimerkiksi yhtiöön. Ennen tasa-arvolain vuoden 2005 uudistusta vastuu kohdistettiin lain sanamuodossakin *työnantajaan*, eikä oikeustila ole tältä osin muuttunut vaikka nykyinen sanamuoto kuuluukin ”se, joka on rikkonut...”. Hyvitysvastuu kohdistuu ensisijaisesti asianomaiseen oikeushenkilöön, kuten

⁹³ Routamo – Ståhlberg – Karhu, s. 53

julkisyhteisöön, oppilaitokseen tai yritykseen.⁹⁴ Vahingonkorvauslain 6 luvun 2 §:n mukaan työnantaja on vastuussa vahingosta, jonka työntekijä työssä virheellään aiheuttaa sivulliselle.

Työnantajan hyvitysvastuun aktualisoitumiseksi riittää, että 11 §:n alaista syrjintäkieltoa on rikottu. Syrjintäkieltoa rikkoneen menettelyn ei täydy olla moitittava jonkun henkilökohtaisena menettelynä. EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössäkään on todettu, ettei korvausvastuun toteutumiselle voida kansallisessa laissa asettaa syyllisyyteen liittyvää lisäedellytystä. Työnantaja ei myöskään voi vapautua vastuusta vetoamalla siihen, ettei tämä havainnut tai tiennyt syrjityn joutuvan erilaisen kohtelun kohteeksi. Hyvityksen tuomitsemisessa ei kuitenkaan ole kyse ns. ankarasta, tuottamuksesta riippumattomasta, vastuusta, mutta korvausvastuun toteutumiseksi ei myöskään vaadita erityistä subjektiivista moitittavuutta. Korvausvelvollisuuden vaatima tuottamus on tietyn *käyttätymisvelvoitteen* eli syrjintäkiellon objektiivinen rikkominen.⁹⁵

Voidaan hyvin ajatella, että työnantaja esimerkiksi ajattelemattomuuttaan ja vanhasta tottumuksestaan kyselee haastattelemiltaan hakijoilta esimerkiksi näiden perhetilanteista tarkoittamatta kuitenkaan varsinaisesti selvittää näitä seikkoja tai ottaa niitä huomioon valintaa tehdessään. Tällaisessakaan tilanteessa näin toimiva työnantaja ei voi vedota siihen, ettei olisi tiennyt kyselemisen olevan kiellettyä. Lain tuntemattomuus ei vapauta velvollisuudesta noudattaa lakia. Siten työnantaja on velvollinen olemaan selvillä noudattamiensa toimintatapojen lainmukaisuudesta. Tuottamus täyttyy kuvatussa tilanteessa edellä kuvatun mukaisesti yksin syrjintäkiellon vastaisella menettelyllä eli vääränlaisten haastattelukysymysten esittämisellä.

Vahingonkorvausoikeudelliselta vahinkotyyppiltään hyvitys on henkilövahinkoon liittymätön aineeton vahinko, jonka rahallista arvoa ei luonnollisesti voida objektiivisesti määrittää. Tämän vuoksi vahingon määrä perustuu puhtaasti tuomioistuimen tapauskohtaiseen harkintaan, jossa vaikuttanee myös oikeuskäytäntö eli aiemmin tuomitut hyvityskorvaukset. Hyvitys on määrältään vähintään 3 470 euroa, joskin sitä voidaan tietyin ehdoin alentaa. Hyvityksen määrään vaikuttavat ko. lainkohdan mukaan syrjinnän *laajuus, laatu ja kesto aika*, joilla viitattaneen yleisesti

⁹⁴ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 346

⁹⁵ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 338–339

ottaen syrjinnän vakavuuteen, joka vaikuttaa syrjinnän aiheuttaman loukkauksen ja kärsimyksen määrään. Hyvityksen määrää nostavat esimerkiksi syrjinnän järjestelmällisyys ja vastatoimien kiellon rikkominen muun syrjinnän ohella.⁹⁶

Oikeuskäytännöstä ei löydy tapauksia, joissa hyvitys olisi tuomittu mahdollisen vanhemmuuden motivoiman sukupuoli- tai perhesuhdesyrjinnän perusteella, mutta korvauksen määrän tulee näissäkään tilanteissa noudattaa yleensä sukupuolisyrynnästä tuomitun hyvityksen määrää, sillä vaikutuksiltaan menettely johtaa samaan eli henkilöä kohdellaan eri tavalla sukupuolen tai sukupuoleen liittyvän syyn perusteella. Tapauksessa KKO:2005:25 miespuolinen hakija jätettiin valitsematta hallinto-oikeussihteerin virkaan vaikka hän oli valittuja naispuolisia hakijoita selvästi ansioituneempi. Korkein oikeus hyväksyi käräjäoikeuden määräämän 7 500 euron suuruisen hyvitysmaksun.

Työhönottosyrjintään kohdistui tasa-arvolaissa ennestään EY-oikeuden kanssa ristiriidassa ollut rajaus, jonka mukaan työhönottotilanteessa tapahtuneesta syrjinnästä voitiin tuomita enintään 15 000 euron suuruinen hyvitys. Rajaus koski kaikkia työhönottosyrjinnän tilanteita, kun taas tasa-arvon muutosdirektiivin tarkoituksena on ollut, että rajaus koskisi vain tilanteita, joissa työnantaja voi näyttää, ettei hakija olisi tullut valituksi, vaikka menettely ei olisi ollut syrjivä.⁹⁷ Tasa-arvolakia on sittemmin 2009 muutettu siten, että säännöksessä enimmäismäärä koskee vain edellä kuvattua tilannetta, jossa työnantaja voi osoittaa, ettei syrjitty olisi joka tapauksessa tullut valituksi.

Hyvityksen ainoana funktiona ei ole vain hyvittää syrjitylle syrjinnästä johtuvaa loukkausta vaan hyvitysseuraamuksen tarkoituksena on toimia myös yleis- ja erityisestävästi.⁹⁸ Jotta hyvitysseuraamus voisi toimia edellä kuvatulla tavalla ennalta ehkäisevänä pelotteena työnantajille, tulisi sen olla määrältään riittävän suuri sekä sen mahdollisuus vääränlaisesta menettelystä tulisi olla riittävän korkea. Ainakin jälkimmäisen kohdan osalta voitaneen todeta, ettei hyvitysseuraamus aihepiiriin valossa ole tarpeeksi suuri uhka työnantajalle, jotta tämän tarvitsisi liiemmin kiinnittää siihen

⁹⁶ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 340–341

⁹⁷ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 342

⁹⁸ Yhdenvertaisuustoimikunnan mietintö, s. 79–80

huomiota toiminnassaan. Ongelmana on, että tällaisen syrjinnän kohteeksi joutuneet verrattain harvoin lähtevät viemään eteenpäin epäilystään syrjinnästä tai osaavat edes epäillä sitä. Ko. syrjivää menettelyä soveltava työnantaja voikin melko turvallisesti mielin kysyä esimerkiksi hakijan lapsisuunnitelmista, sillä todennäköisyys sille, että hän joutuisi tästä vastuuseen, on melko pieni.

Työsopimuslain ja yhdenvertaisuuslain mukaisissa perhesuhdesyrjintätapauksissa hyvitys ei ole mahdollinen, koska nykyisen yhdenvertaisuuslain hyvitystä koskeva 9 § ei mahdollista hyvityksen tuomitsemista perhesuhdesyrjinnästä. Työsyrjintärikoksen tunnusmerkistön täyttävä perhesuhdesyrjintä voi kuitenkin alempana todetulla tavalla mahdollistaa kärsimyskorvauksen tuomitsemisen. On selvää, ettei perhesuhdesyrjintä ole korvauksen osalta lähellekään samassa asemassa kuin esimerkiksi sukupuoleen perustuva syrjintä tai muut yhdenvertaisuuslaissa erikseen mainitut syrjintäperusteet. Vaikka perhesuhdesyrjintää ei mainita perustuslaissa erikseen, hallituksen esityksen mukaan se sisältyy siinä mainittuun *muuhun henkilöön liittyvään syyhyyn*. Onkin vähintään ongelmallista, että perustuslainkin tasolla tunnustettu syrjintäperuste on kuvatulla tavalla erilaisessa asemassa. Yhdenvertaisuuslainsäädännön tuleva uudistus korjaa kuitenkin tämän epäkohdan.

5.4 Vahingonkorvaus työ sopimuslain ja vahingonkorvauslain nojalla

Työsopimuslain 12 luvussa säädetään vahingonkorvausvelvollisuudesta, joka voi aiheutua työsuhteesta tai työ sopimuslaista johtuvien velvollisuuksien rikkomisesta. Työnantajan velvollisuuksiin kuuluu lain 2 luvun otsikoinninkin mukaisesti työntekijöiden ja työnhakijoiden tasapuolinen kohtelu. Näin ollen työnantaja voi olla velvollinen korvaamaan syrjivästä menettelystä aiheutuneen vahingon syrjitylle työ sopimuslain mukaisesti. Ko. luku ei sisällä määritelmää vahingon laadusta tai määrästä, joten sen suhteen turvauduttaneen vahingonkorvauslakiin. Vahingonkorvauslain mukaan oikeus loukkauksen aiheuttamasta kärsimyksestä on sillä, jota on rangaistavaksi säädetyllä teolla syrjitty.

Kyseisen työ sopimuslain yleisen vahingonkorvausvelvollisuussäännöksen sanamuodon mukaan työnantajan on korvattava *työntekijälle* aiheuttamansa vahinko. Tämän ilmaisun

voidaan kuitenkin katsoa pitävän sisällään myös työnhakijan. Työsopimuslain 2 luvun 2 §:n 4 momentissa todetaan, että työnantajan on noudatettava syrjintäkieltoa myös ottaessaan *työntekijöitä* työhön. Kun lisäksi huomioidaan, ettei koko työsopimuslaista voi löytää yhtään mainintaa *työnhakijasta*, tarkoittaa edellä mainittu selvästi, että työsopimuslain työntekijä käsite kattaa myös työntekijän.⁹⁹

Tasa-arvolain tai yhdenvertaisuuslain mukaisen hyvityksen tuomitseminen ei estä vahingonkorvausta vahingonkorvauslain taikka muun lain, esimerkiksi työsopimuslain, mukaan. Syrjinnästä maksettava hyvitys on korvausta siitä, että syrjitty henkilö on joutunut kokemaan kyseisen menettelyn. Sitä ei ole tarkoitettu taloudellisten vahinkojen, esimerkiksi saamatta jääneiden ansioiden, korvaukseksi, minkä vuoksi työhönottotilanteessakin tapahtuneessa syrjinnässä voidaan hyvityksen ohella tuomita työnantaja maksamaan syrjitylle työsopimuslain mukaista vahingonkorvausta menetetyistä ansioista. Hyvityksen tarkoituksena on korvata ns. *aineetonta vahinkoa*, joka aiheutuu syrjinnän aiheuttamasta kärsimyksen, nöyryytyksen, loukkauksen tai harmin kokemuksesta. Taloudellinen vahinko, esimerkiksi saamatta jääneet ansiot ko. työpaikassa, korvataan muiden lakien perusteella.¹⁰⁰

Tällaisen vahingonkorvauksen edellytyksenä on kuitenkin, että voidaan näyttää se, että syrjitty olisi tullut valituksi, jos työnantaja ei olisi kiinnittänyt valinnassaan huomiota syrjintäkiellon alaiseen seikkaan. Vahingonkorvauksen tuomitsemiseen on siten ainakin yleisemmissä syrjintätapauksissa korkeampi kynnyks, sillä työnantajahan voi syyllistyä syrjintään, vaikka syrjitty hakija ei olisikaan ollut ns. ansioitunein hakija. Esimerkiksi työhaastattelun suorittajan kysymykset hakijan lapsisuunnitelmista voivat jo itsessään ainakin vain naispuolisiin hakijoihin kohdistettuina olla sukupuolista syrjintää, jonka perusteella se, jolle kyseisenlainen kysymys on esitetty voi ainakin teoriassa olla oikeutettu hyvitykseen. Mutta edellä mainitun mukaisen syrjivän menettelyn toteaminenkaan ei vielä tarkoita, että hakija olisi tullut valita ko. työtehtävään, eikä vahingonkorvaus näin ollen tulisi välttämättä kyseeseen.

⁹⁹ Samoin. Ahtela ym., s. 364; Kuoppamäki, s. 208

¹⁰⁰ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 336

TyösyRJintärikoksen yhteydessä voidaan vahingonkorvauslain 5 luvun 6 §:n mukaisesti tuomita maksettavaksi korvausta myös henkisestä kärsimyksestä, joka syrjinnästä on aiheutunut. Korvauksen määrään vaikuttavat erityisesti loukatun asema, loukkauksen laatu, osapuolten suhde ja tapauksen saama julkisuus. Periaatteessa ko. korvaus voidaan tuomita myös ilman rikostuomiota sopimusrikkomuksen yhteydessä, mutta se lienee poikkeuksellista. Tasa-arvolain ja yhdenvertaisuuslain mukainen hyvitys kattanee kuitenkin pääasiallisesti edellä mainitunlaisen kärsimyksen.¹⁰¹ Tämä onkin luontevaa, sillä niiden tarkoitusahan on lähtökohtaisesti sama.

Käsiteltävän aihepiirin, eli ns. potentiaalisen vanhemmuuden perusteella tapahtuvan syrjinnän, mukaisissa tasa-arvolain tilanteissa ei liene yleensä estettä tuomita lain mukaista hyvitystä syrjintäasiassa. Yhdenvertaisuuslain mukaisen perhesuhdesyrjinnän kiellon soveltuessa tapaukseen hyvitys ei kuitenkaan edellä todetusta syystä voi tulla kyseeseen, joten sen ollessa kyseessä vahingonkorvauslain mukainen kärsimyskorvaus lienee ainut vaihtoehto syrjinnän aiheuttaman mielipahan hyvittämiselle. Käytännössä tällainen mahdollisuus ei tarjonne perhesuhdesyrjitylle kovin kummoista apua, sillä se tullee harkittavaksi lähinnä juuri työsyRJintärikoskäsittelyn yhteydessä, koska työhönottotilanteessa ei voi vielä olla sopimusrikkomusta.

5.5 TyösyRJintärikos

Rikoslaki tuntee varsinaisen työsyRJintärikoksen ohella myös yleisen syrjintärikoksen (Rikoslaki 10:11), jota voidaan soveltaa muissakin kuin työelämän tilanteissa. Yleisenä syrjintänä on rangaistavaa muun muassa asettaa joku *ilmeisen* eriarvoiseen tai muita *olennaisesti* huonompaan asemaan sukupuolen tai perhesuhteiden perusteella. Ko. säännös on sen 2 momentissa olevan rajauksen mukaan toissijainen suhteessa työsyRJintärikokseen eli se voi tulla sovellettavaksi vain, mikäli arvioitavana oleva teko ei ole rangaistavaa työsyRJintärikoksena. Yleisen syrjintärikoksen täyttyminen vaatii muutenkin *ilmeistä* eriarvoiseen tai *olennaisesti* huonompaan asemaan asettamista ja vaikuttaa siten vaativan syrjinnältä enemmän kuin varsinainen työsyRJintärikos. Edellä mainittu huomioon ottaen ei siten liene juuri mahdollista, että käsiteltävän aiheen

¹⁰¹ Kuoppamäki, s. 208

mukaisissa tilanteissa voisi täyttyä yleinen syrjintärikos, jos ensisijainen työsyryntärikos ei tulisi kyseeseen.

Syrjintä työelämässä on kriminalisoitu rikoslain työrikoksia koskevan 47 luvun 3 §:ssä. Rikoslain työsyryntärikos ei laajenna tasa-arvolaissa tai yhdenvertaisuuslaissa säädettyjä syrjintäkieltoja, vaan siinä on kyse näiden syrjintämenettelyjen saattamisesta rikosoikeuden piiriin. Lain perustelujen mukaan säännöksen soveltamisessa voidaankin siten tukeutua muun tasa-arvosääntelyn tulkintoihin.¹⁰²

Työnantaja tai tämän edustaja, joka työpaikasta ilmoittaessaan, työntekijää valitessaan tai palvelussuhteen aikana ilman painavaa, hyväksyttävää syytä asettaa työnhakijan tai työntekijän epäedulliseen asemaan

1) rodun, kansallisen tai etnisen alkuperän, kansalaisuuden, ihonvärin, kielen, sukupuolen, iän, perhesuhteiden, sukupuolisen suuntautumisen, perimän, vammaisuuden tai terveydentilan taikka

2) uskonnon, yhteiskunnallisen mielipiteen, poliittisen tai ammatillisen toiminnan tai muun näihin rinnastettavan seikan perusteella,

on tuomittava työsyrynnästä sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi.

Työsyryntärikossäännöksestä ilmenee, että siihen voi syyllystyä niin työpaikasta ilmoitettaessa kuin työntekijää valittaessa. Rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toista vaihetta koskevan hallituksen esityksen mukaan ”Kiellettyä olisi siis jo se, että lehti-ilmoituksessa asetetaan työnhakijoille muita syrjiviä edellytyksiä, vaikka tällainen menettely ei vielä voikaan kohdistua tiettyyn henkilöön vaan koskee työnhakijakuntaa yleisesti. Tästä käy ilmi, että säännöksen suojelukohteena olisi työpaikkailmoittelun vaiheessa työnhakijoiden tasapuolinen kohtelu sinänsä. Syrjintä työntekijää valittaessa sen sijaan merkitsisi jo jonkun työhön ilmoittautuneen sivuuttamista epäasiallisin syin ja

¹⁰² Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 369

perustaisi syrjitylle asianomistajan aseman.¹⁰³ Syrjinnän kohteeksi joutuminen ilmoitteluvaiheessa ei siis vielä tuo hakijalle asianomistaja-asemaa, mutta valintavaiheessa tilanne on jo toinen. Valintavaihe pitää tietty sisällään myös haastattelun, sillä siinä syrjivä menettely kohdistuu jo selvästi johonkin henkilöön.

Huomattava ero suhteessa tasa-arvolain ja yhdenvertaisuuslain syrjintäkieltoihin on se, että syrjintä rikoksena on rangaistavaa vain tahallisenä, eikä siten tuottamuksellisesta teosta rangaista. Edellä mainitussa rikoslakia koskevassa hallituksen esityksessä on todettu, ettei työnantajalta edellytetä varsinaista syrjintätarkoitusta vaan menettelyn motiivina voi olla esimerkiksi taloudellinen etu tai työn sujuvuuden turvaaminen.¹⁰⁴ Työnantaja voi esimerkiksi hylätä naispuoliset hakijat, koska ajattelee näiden käyttävän yritykselle kustannuksia aiheuttavia vanhempainvapaita. Motiivina on tällöin sinänsä yrityksen taloudellinen etu, mutta menettely silti selvästi sukupuoleen perustuvalla tavalla syrjivä, josta työnantajankin täytyy olla tietoinen.

Tahallinen teko voikin olla vain silloin, kun tekijä, eli työnantaja tai tämän edustaja, on ollut tietoinen syrjintäperusteesta. Esimerkiksi raskaana olevan työntekijän irtisanova työnantaja ei siis syyllisty sukupuolisyryntään raskauden perusteella, mikäli tämä ei tiedä henkilön olevan raskaana. Samaisen raskaana olevan henkilön erilaisen kohtelun syyn ollessa siinä, että tämä on vaikkapa kertonut avioituneensa, ja työnantaja siksi irtisanoa tämän, täytyy tahallisuus vaaditulla tavalla. Tekijän tahallisuus on yksinkertaisesti siinä, että tämä tietoisesti kohtelee työntekijää eri tavalla tämän perhetilanteeseen liittyvän syyn vuoksi.

Mikäli työnantaja on tietoinen, että tämän soveltamaan työnhakumenettelyyn sisältyy tietty syrjivä toimintatapa, jota hän ei itse kuitenkaan sinänsä miellä syrjiväksi, eikä siten korjaa ongelmaa voinee tämä laiminlyönnillään silti syyllistyä rangaistavaan työsyryntään. Tunnetusti lain sisällön tuntemattomuus ei vapauta vastuusta. Esimerkkinä voidaan ajatella aiemminkin mainittua edellytystä asepalveluksesta, jonka naishakijoita syrjivää piirrettä ei välttämättä tule ajatelleeksi.

¹⁰³ HE 94/1993 vp. s. 170

¹⁰⁴ HE 94/1994 vp, s.172

TyösyRJintärikosasian käsittely ja erityisesti todistustaakan jakautumien eroaa perustavalla siviilioikeudellisesta oikeudenkäynnistä syrjintäasiassa. Tasa-arvolain ja yhdenvertaisuuslain todistustaakkasäännöksiä ei voida tällöin soveltaa, vaan syyttäjän on näytettävä toteen se, että ansioituneempi on syrjäytetty esimerkiksi sukupuolensa takia. Siviilioikeudenoikeudenkäynnissä kantajalle pääsääntöisesti riittää se, että hän näyttää olleensa ansioituneempi, jolloin työnantajan on vuorostaan osoitettava, että menettelyyn on työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy.

Syyttäjän raskaammasta todistustaakasta huolimatta syrjintäasian rikosoikeudenkäynnissäkin syytetyllä on kuitenkin velvollisuus esittää jonkinlaista näyttöä omasta syyttömydestään.

”Syrjintää koskevassa rikosprosessissa voitaneen lähteä siitä, että syytettynä oleva työnantaja on velvollinen tekemään uskottavaksi sen, että hänellä on ollut menettelynsä hyväksyttävä, painava syy. Tulkinta vastaisi myös tasa-arvolain sekä yhdenvertaisuuslain syrjintäolettan vaatumusta. Koska kyse on rikosprosessista, jossa todistustaakka on syyttäjällä (ks. EIS 6 art. ja OK 17:1.2), työnantajan uskottava selvitys siitä, että valintamenettely ja valinnassa painotetut perusteet olivat hyväksyttäviä ja niitä oli noudatettu yleisesti, siirtää todistustaakan syyttäjälle.”¹⁰⁵

Kuopion käräjäoikeuden 19.6.1996 antamassa tuomiossa (R 69/300) oli kysymys tapauksesta, jossa työnantaja jätti allekirjoittamatta ilmeisesti jo käytännössä tehtävään valitun työntekijän työsopimuksen kun tälle selvisi, että työntekijällä oli lapsi. Käräjäoikeus katsoi asianosaisten kertomusten perusteella näytetyksi, että päätös olla ottamatta työntekijää töihin oli johtunut siitä, että työntekijällä oli nuori lapsi. Työnantaja vetosi luottamuspuolaan sen vuoksi, että työntekijä ei ollut selvittänyt sitä miksi tämä oli ollut työmarkkinoilta poissa kahden vuoden ajan. Käräjäoikeus ei aivan oikein hyväksynyt selitystä ja katsoi, ettei työnantaja ollut näyttänyt, että hänellä olisi ollut painava, hyväksyttävä syy menettelynsä. Ratkaisu perustui siis siihen, ettei työnantaja voinut esittää hyväksyttävää syytä menettelynsä, mikä vastoin rikosoikeuden yleisiä oppeja asettaa todistustaakan syytetylle. Tällaisen todistustaakan

¹⁰⁵ *Lappi-Seppälä ym.*; II RIKOSLAJIT > 34. RL 47: Työrikokset > Työsuhdetta ja kollektiivista työoikeutta koskevat kriminalisoinnit > TyösyRJintä (RL 47:3) > Painava, hyväksyttävä syy

jaon puolesta puhuu kuitenkin se, että syyttäjä ei voi näyttää kyseistä syytä toteen työnantajan puolesta.¹⁰⁶

Edellä on todettu, että hyvitysvastuun ja vahingonkorvausvastuun osalta vastuu ei kohdistu työnantajan puolesta toimineeseen henkilöön vaan asianomaiseen oikeushenkilöön, kuten yritykseen. Vahingonkorvaus- ja hyvitysvastuusta eroten rangaistusvastuu työsyrynnästä on *yksilövastuuta*. Vastuullisia ovat siten työnantajayhteisön puolesta toimineet henkilöt eli *työnantaja* tai *työnantajan edustaja*. Työnantajalla tarkoitetaan työririkoksia koskevan 47 luvun 8 §:n mukaan sitä, joka teettää työtä tai sitä, joka tosiasiallisesti käyttää työnantajalle kuuluvaa päätösvaltaa. Esimerkkinä ensiksi mainitusta käy vaikkapa elinkeinonharjoittaja, työnantajalle kuuluvan päätösvalan käyttäjä voi puolestaan olla muun muassa emoyhtiöstä käsin työnantajan valtaa käyttävä henkilö.¹⁰⁷

Toisena työsyryntärikoksen vastuusubjektina voi tulla kyseeseen työnantajan edustaja, joka voi olla työnantajayhteisön hallituksen tai jonkun muun päättävän elimen, kuten esimerkiksi johtokunnan jäsen sekä se, joka työnantajan puolesta johtaa tai valvoo työtä. Jälkimmäisinä tulevat kyseeseen esimerkiksi yrityksen eri johtoportailta toimivat esimiehet.¹⁰⁸ Työnantajaorganisaation ollessa vähäistä suurempi ei rekrytoinnista vastaa enää itse työnantaja vaan työpaikan hakuun laittavat ja hakijat haastattelevat eri esimiehet. Tämän vuoksi säännöksen vastuusubjektin laajennus työnantajan edustajan on merkittävä ja tarkoittaa sitä, että syrjivästä menettelystä voivat joutua vastuuseen myös ns. alemman portaan esimiehet, joille ei kuulu yrityksessä minkäänlaista työnantajan päätösvaltaa.

Selvää on, että rangaistavaan syrjintään voi syyllystyä samaan aikaan useampi henkilö, esimerkiksi työnantajana yhtiön toimitusjohtaja ja työnantajan edustajana vastuunalainen esimies. Itä-Suomen hovioikeuden 16.9.1997 antama ratkaisu (R 96/480) liittyi työntekijän lomauttamiseen syrjivällä perusteella, mutta soveltuu työsyryntärikoksen vastuusubjektin arvioinnin osalta myös työhönottotilanteeseen.

¹⁰⁶ Koskinen – Ullakonoja – Vento, s. 114–115

¹⁰⁷ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 370

¹⁰⁸ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 370

Tapauksessa todettiin, että vaikka esimiehenä toiminut työnantajan edustaja ei ollut sellaisessa asemassa, että hän olisi voinut päättää irtisanomisista, hän oli osallistunut painostustoimiin lomautettua työntekijää kohtaan tavalla, joka täytti työsyRJinnän tunnusmerkistön.¹⁰⁹

Ns. tavallinen työntekijä ei voi tulla rangaistuksi työsyRJintärikoksesta, vaan kyseeseen tulevalla vastuusubjektilla tulee olla edellä kuvatulla tavalla jonkinlaista työnjohdollista valtaa. Työntekijä pääsee tuskin monessakaan yrityksessä tekemään lopullista työntekijän valintapäätöstä, mutta mahdollista lienee esimerkiksi se, että työntekijä laatisi työnantajan ohjeiden avulla työpaikkailmoituksen tai tekisi työnhakijalle jonkinlaisia testejä, jotka eivät vastaustensa yksinkertaisuuden vuoksi edellyttäisi työnantajan edustajan läsnäoloa itse tilanteessa. Koska työntekijä ei voi syyllistyä työsyRJintärikokseen, ei tämän esimerkiksi työpaikkailmoitukseen kirjaama vaatimus hakijalta edellytettävästä naimattomuudesta voi tulla hänen itsensä kohdallaan arvioitavaksi työsyRJintärikoksena. Aktiivisen teon ohella työsyRJintärikos voi kuitenkin täyttyä myös laiminlyönnillä, kuten sillä että työnantaja ei lainvastaisen menettelyn havaitessaan puutu siihen¹¹⁰. Työnantaja tai tämän edustaja voi siis edellä kuvatussa tilanteessa syyllistyä työsyRJintärikokseen, jos tämä antaa työntekijän julkaista kuvatus ilmoituksen tai ei puutu siihen muutenkaan jälkikäteen sen tultua julkaistuksi ollessaan tietoinen ilmoituksesta.

TyösyRJintäsäännös antaa syrjitylle suojaa kolmessa eri tilanteessa. Rangaistavaa syrjintää voi ilmetä työpaikkailmoittelussa, työhön ottaessa tai palvelussuhteen aikana.¹¹¹ Näistä työpaikkailmoittelu ja työhön ottaminen, jonka merkityksellisimmät osat ovat hakijan haastattelu ja itse valinta, kuuluvat työhönoton alaan.

Jotta työpaikkailmoituksilla olisi jotain merkitystä ja työnantaja voisi hyödyntää niitä etsiessään uutta työntekijää, on niihin tärkeää ottaa tiettyjä tarkentavia määritteitä joiden avulla hakijajoukkoa voidaan rajata. TyösyRJintäsäännöksessä mainittujen kiellettyjen valintaperusteiden kohdalla työnantajalla tulee kuitenkin olla painava ja hyväksyttävä syy niiden esittämiseen. Vaikka hakijan asettaminen epäedulliseen asemaan kielen

¹⁰⁹ Koskinen – Ullakonoja – Vento, s. 109

¹¹⁰ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 370

¹¹¹ Koskinen – Ullakonoja – Vento, s. 109

perusteella täyttääkin työsyRJintärikoksen tunnusmerkistön, voidaan sen kohdalla sallittavaksi tekevä painava ja hyväksyttävä syy löytää hyvin helposti. Esimerkiksi kielenopettajan tulee voidakseen opettaa tiettyä kieltä, osata se riittävällä tavalla, jolloin työnantajalla on täysin hyväksyttävä syy syrjäyttää hakija kielen perusteella, mikäli tämä ei täytä edellä kuvattua vaatimusta. Niin ikään tiettyihin työtehtäviin kohdistuu lainkin taseisia vaatimuksia tekijältä vaadittavasta iästä.

Painavan ja hyväksyttävän syyn esittäminen sukupuolen ja perhesuhteiden tapauksessa on jo kuitenkin huomattavasti hankalampaa, mutta toki esimerkiksi näytelmän miesrooliin voidaan hakea vain miehiä ilman, että kyse olisi syrjinnästä. Tässä tilanteessa painava ja hyväksyttävä syy on hyvin ilmeinen.

Samalla tavalla kuin työpaikkailmoittelun myös työhaastattelun tarkoitus on siinä, että työnantaja voisi löytää parhaan mahdollisen työntekijän avoimeen työtehtävään. Haastattelun tarkoituksen toteutumiseksi työnantaja voi esittää työnhakijalle haetun tehtävän kannalta tarpeellisia kysymyksiä. Osa työsyRJintäsäännöksissä mainituista seikoista voi myös paljastua työnantajalle vasta haastattelutilanteessa. Esimerkiksi työnhakija voi ottaa lapsensa mukaan haastattelupaikkaan tai hakijan puoliso voi antaa tälle kyydin haastatteluun, jolloin työnantajalle selviää tietoja hakijan perheestä jo ennen kuin ensimmäistäkin haastattelukysymystä on esitetty. Haastattelun keskeyttäminen edellä mainitun tapaisessa tilanteessa ilman selityksiä herättää jo yksinään epäilyksiä työnantajan motiiveista ja voi toimia näyttönäkin tätä vastaan oikeudenkäynnissä.

TyösyRJintärikossäännöksen ottamisella rikoslakiin ei tarkoitettu luoda mitään uusia yleisestä yhdenvertaisuuslainsäädännöstä poikkeavia syrjintäkieltoja. TyösyRJintärikoksen ydinalueen muodostavatkin juuri tasa-arvolain ja yhdenvertaisuuslain rikkomiset ja lain perustelujenkin mukaan säännöksen soveltamisessa voidaan nojautua aineellisen tasa-arvosäätelyn tulkintoihin.¹¹² Yhdenvertaisuuslaista eroten rikossäännöksessä on kuitenkin erikseen mainittu kiellettynä syrjintäperusteena perhesuhteet.

¹¹² Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 369

6 LOPUKSI

Työsopimuslainsäädäntö asettaa työnantajalle tiettyjä selviä velvoitteita työntekijöiden valintaan tilanteessa, jossa vastakkain ovat niin sanotusti uusi työntekijä ja työnantajalle tietyllä tapaa ennestään tuttu työntekijä. Uusien työntekijöiden ottamista voivat rajoittaa entisten työntekijöiden oikeudet, kuten määräaikaisessa työsuhteessa olevat työntekijät tai etusijan voivat tietyin edellytyksin saada aiemmin irtisanotut työntekijät takaisinottovelvollisuuden nojalla. Siinä tapauksessa, että valintaa ei rajoita millään tavalla edellä kuvatut lainsäädännön velvoitteet vaan hakijoiden voidaan katsoa olevan ns. samalla viivalla, työsopimuslainsäädäntö ei rajoita työnantajan valintavapautta uusien työnhakijoiden tai vanhojen työntekijöiden kesken virantäytössä noudatettavien taito, kyky ja koeteltu kansalaiskunto tapaan, vaan arvointiperusteiden voidaan katsoa olevan *jossain* määrin vapaammat. Työnantaja saa lähtökohtaisesti valita työnhakijoista tai -tekijöistä sen, jota hän omasta mielestään pitää parhaana ko. tehtävään tai joka tätä muuten miellyttää.

Laajasta valinnanvapaudesta huolimatta työnantajan tulee kuitenkin soveltaa valintaperusteitaan tasapuolisesti kaikkiin työnhakijoihin, eikä käytetty peruste saa osaksikaan olla kielletyllä perusteella syrjivä. Vaikka työhönottotilannetta voitaisiin tietyiltä osin pitää työnantajan velvollisuuksien suhteen vapaampana kuin työsuhdetta, jossa asianosaisten välillä on jo sopimussuhde, toteaa työsopimuslaki selvästi, että syrjimättömyyden vaatimusta tulee noudattaa jo työhönottotilanteessa. Keskeisimmät, työelämää koskevat, syrjintäkiellot sisältyvät työsopimuslakiin, tasa-arvolakiin ja yhdenvertaisuuslakiin. Syrjintäkielloissa yksilöidään ne perusteet, joiden perusteella erilainen kohtelu on kiellettyä. Tämä tarkoittaa sitä, että työnantaja ei saa valitessaan työntekijää antaa merkitystä syrjintäkielloissa mainituille seikoille, jos se ei ole ko. työstä johtuen perusteltua.

Kiellettyä syrjintää ei ole se, että työnantaja valitsee työnhakijoista, objektiivisestikin arvioiden, vähemmän ansioituneimman, jos valinta ei perustu syrjivään perusteeseen kuten esimerkiksi ikään tai sukupuoleen. Työnantaja voi valita hakijoista sen, josta hän esimerkiksi työhaastattelun perusteella pitää enemmän, vaikka kyseistä hakijaa voitaisiinkin pitää vaikkapa koulutustason perusteella huonompana kuin valitsematta

jäänyttä. Eri asia on, että jättäessään valitsematta ansioituneemman hakijan työnantajan voi olla vaikea perustella valinnan asianmukaisuutta ja sitä, ettei se ole perustunut syrjivään perusteeseen, jos tilanteessa herää epäily jonkin syrjivän perusteen olemassaolosta.

Tutkielman tarkoituksena oli tarkastella potentiaalisen vanhemmuuden motivoimaa syrjintää työhönotossa eli tilannetta, jossa työnantaja kohtelee hakijoita erilailla sen perusteella onko näillä mahdollisesti suunnitelmissa hankkia lapsia tulevaisuudessa ja siten käyttää vanhempainvapaita. Tällaisesta syrjivästä menettelystä kärsivät pääasiallisesti naiset, sillä vanhempainvapaiden pääasiallisten käyttäjien ollessa yhä naisia, on vanhempainvapaasta aiheutuvia kustannuksia pelkäävälle työnantajalla syy syrjiä juuri naispuolisia työnhakijoita. Sinänsä kyseisenlainen syrjivä menettely voi kohdistua aivan hyvin miehiinkin, nykyisen perhevapaasääntelyn ollessa hyvin pitkälti sukupuolineutraali. Käytännössä tällä perusteella syrjittyjä miespuolisia työnhakijoita lienee hyvin vähän, jos ollenkaan.

Vaikka yhteiskunta osallistuu vanhempainvapaista työnantajalle aiheutuviin kustannuksiin erilaisten korvausten kautta, näyttää siltä, että vanhemmaksi tuleva työntekijä tuokin edelleen työnantajalle merkittäviä lisäkustannuksia, jotka voinevat tietyssä tilanteessa kooltaan pienessä yrityksessä muodostua jopa uhkaksi toiminnan jatkumiselle. Ongelmana ovat erityisesti ns. epäsuorat kustannukset, jotka aiheutuvat henkilöstön liikkuvuudesta ja vaihtuvuudesta, esimerkiksi uuden tai väliaikaisen työntekijän rekrytoinnin aiheuttamista menoista. Myös uuden työntekijän perehdyttäminen vanhempainvapaalle jääneen työntekijän tekemään työhön voi aiheuttaa lisäkustannuksia tai hetkellistä toiminnan heikentymistä.

Työsopimuslain ja yleisen yhdenvertaisuuslainsäädännön näkökulmasta mahdolliset lisäkustannukset eivät kuitenkaan ole, niiden haitallisuudestaan huolimatta, työnantajalle missään muodoin sallittava peruste syrjiä työnhakijoita työnhaku- tai muissa tilanteissa. Työsopimuslain 2 luvun 2 §:n 4 momentin mukaan työsopimuslain, yhdenvertaisuuslain ja tasa-arvolain syrjintäkieltoja on noudatettava myös työhönotossa. Mahdollisen nykyisen ja tulevankin vanhemmuuden tulisi olla valinnassa täysin vaikutukseton seikka eikä työnantajalla ole siten edes oikeutta tiedustella työnhakijalta näistä asioista.

Vanhemmuus, sekä jo sen hetkisenä tilana, että myös mahdollisena tulevana seikkana on aiemmin todetulla tavalla sukupuoleen liittyvä ominaisuus, jonka perusteella tapahtuva erilainen kohtelu on kielletty. Tällainen ominaisuus, samalla tavalla kuin esimerkiksi raskauskaan, ei saisi vaikuttaa työnhakijan valinnassa millään tavalla, mikäli sille ei ole työstä johtuvaa perustetta. Kuten edellä on havaittu, syrjintä työnhakijan vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella on ensisijaisesti tarkoitettu kieltää tasa-arvolain mukaisena välillisenä syrjintänä vanhemmuuden ollessa henkilön sukupuoleen selvästi liittyvä ominaisuus. Työnantaja voi kuitenkin, pitäessään hakijan perhetilannetta näyttönä lapsisuunnitelmista, kohdella hakijoita eri tavalla riippuen esimerkiksi näiden siviilisäädystä tai asumisolosuhteista. Jolloin menettelyssä voi olla kyse myös perhesuhdesyrjinnästä.

Alkuperäistä tasa-arvolakia valmisteltaessa toinen lakivaliokunta totesi mietinnössään oikeuden äitiyteen ja isyyteen kuuluvan ihmisen oikeuksiin, jotka eivät saa muodostua syrjinnän perusteiksi missään olosuhteissa millään yhteiskuntaelämän alueella. Toteamus osoittaa käsitystä vanhemmuuden suojan ehdottomuudesta ja vahvuudesta, mutta sitä ei kuitenkaan onnistuttu välittämään tasa-arvolain sanamuotoihin riittävän selvällä tavalla, sillä lakia on sittemmin jouduttu useampaan kertaan muokkaamaan EY-oikeuden asettamien vaatimusten ja kotimaisen ratkaisukäytännön tulkinnan vuoksi.

Tasa-arvolaki sisältää niin yleisen syrjintäkiellon kuin myös erityisiä syrjintäkieltoja, kuten syrjinnän kiellon työelämässä. Yleisessä syrjintäkiellossa erikseen mainittua kieltoa syrjiä vanhemmuuden tai perheenhuoltovelvollisuuden perusteella ei löydy työelämän syrjintäkielloista. Tasa-arvolain ja EU-oikeuden tavoitteiden sekä ratkaisukäytännön perusteella on kuitenkin selvää, että vanhemmuus ja perheenhuoltovelvollisuus ovat sukupuoleen liittyviä syitä, joiden perusteella tapahtuva erilainen kohtelu ei ole lähtökohtaisesti missään tilanteessa sallittua, eikä siten myöskään työelämässä. Yhtäläillä on selvää, että säännöksiin sisältyy myös kieltä syrjiä mahdollisen tulevan vanhemmuuden perusteella.

Työelämän syrjintäsäännöksen 2 momentin 1 kohta liittyy tilanteeseen, jossa toista sukupuolta oleva ansioituneempi hakija syrjäytetään. Työnantajan tulee tällaisessa tilanteessa vapautuakseen syrjintäolettamasta osoittaa menettelylleen työn tai tehtävän laadusta johtuva painava ja hyväksyttävä syy. Vastakkaista sukupuolta olevien

hakijoiden tilanteessa siis jo pelkkä ansioituneemman syrjäyttäminen riittää kääntämään todistustaakan työnantajapuolelle, ja kantajan tehtävänä on siten näyttää ero hakijoiden ansioissa. Vanhemmuuden, niin nykyisen kuin tulevankin, perusteella tapahtuvassa syrjinnässä on yleensä kyse juuri siitä, että naispuolisia hakijoita syrjitään suhteessa mieshakijoihin, jolloin 1 kohta soveltuu. Toisaalta syrjintää voi olla vähemmänkin ansioituneen hakijan syrjäyttäminen valinnan perustuessa syrjivään perusteeseen. Lisäksi ansioituneisuuden näyttäminen selvästi toisen henkilön eduksi ei kuitenkaan ole välttämättä yksiselitteistä ja työnantaja voi muutenkin perustella vähemmän ansioituneen valintaa esimerkiksi paremmalla sopivuudella työhön. Siten muilla syrjivän menettelyn puolesta puhuvilla seikoilla, kuten haastattelukysymyksillä hakijan perheestä, voi olla ratkaisevaa merkitystä myös eri sukupuolta olevien hakijoiden tilanteessa.

Hakutilanteen ollessa sellainen, että hakijoina on kaksi samaa sukupuolta olevaa henkilöä, voi sovellettavaksi tulla vain saman pykälän 2 kohta, joka ei vaadi hakijoiden olevan eri sukupuolta. Jos työnantaja valitsee kahdesta naishakijasta vanhemman sillä perusteella, että nuorempi on ns. lastenhankintaiässä, on kyse 2 kohdan mukaisesta tilanteesta. Kyseinen kohta ei edellytä ansioituneisuusvertailua hakijoiden välillä, mutta syrjityn tulee osoittaa joutuneensa epäedulliseen asemaan pykälässä kielletyllä perusteella. Epäedulliseen asemaan joutumista voi olla valitsematta jääminen kielletyllä perusteella, mutta myös jo joutuminen vastaamaan syrjivää laatua oleviin kysymyksiin voi olla sitä.

Syrjintäasioissa syrjityn lähtökohtaisesti huonompaa asemaa näytön esittämisessä on helpotettu, todistustaakkasäännöksen ohella, tasa-arvolaisissa työnantajalle asetetulla velvollisuudella antaa selvitys tietyistä menettelyistään. Tällaisessa selvityksessä työnantajan tulee selvittää valitun hakijan ansioita eli käytännössä koulutusta ja työkokemusta. Siten syrjintää epäilevä voi selvityksen perusteella arvioida sitä, onko valittu hakija ollut häntä itseään ansioituneempi ja onko menettely ollut oikeudenmukainen häntä kohtaan. Selvitysvelvollisuudella voi olla myös huomattava merkitys mahdollisessa hyvitysoikeudenkäynnissä, sillä sen lisäksi, että ero hakijoiden ansioissa voi olla näyttöä syrjinnän puolesta, voinee jo selvitysvelvollisuuden laiminlyönti tilanteesta riippuen kääntää todistustaakan työnantajalle.

Vaikka perhesuhdesyrjinnän kiellon varsinainen tarkoitus ei olekaan estää syrjintää tulevan vanhemmuuden perusteella, voi se silti soveltua potentiaalisen vanhemmuuden perusteella tapahtuvaan erilaiseen kohteluun. Hakijan perhetilanteella voi havaituista syistä johtuen olla yhteys tämän mahdollisiin lapsisuunnitelmiin, mikä voi antaa työnantajalle syyn kohdella hakijoita eri tavoin riippuen näiden perhetilanteesta. Yleisesti ajatellaan, että avioitumista seuraa perheen kasvaminen. Tosin nykyisin avoliittojen tilastollisestikin yhä lisääntyessä ei avioliitto ole enää välttämättä välivaihe kehityksessä, jolloin voidaan ajatella, että jo pelkkä yhteisasuminen näyttää henkilön yksinelävää potentiaalisempana tulevana vanhempana.

Perhesuhdesyrjintä mainitaan kiellettynä syrjintäperusteena työsopimuslaissa, mutta perustuslaista sekä yhdenvertaisuuslaista se kuitenkin puuttuu. Vaikka perhesuhdesyrjinnän voidaankin katsoa tulkinnallisesti sisältyvän myös näiden lakien syrjintäkieltoihin, on tällä puutteella myös käytännön vaikutuksia ainakin yhdenvertaisuuslain kohdalla. Hyvityksen tuomitseminen ei sen perusteella liene mahdollista. Perhesuhteet ovat siten erilaisessa ja eriarvoisessa asemassa kuin muut erityisesti laissa mainitut syrjintäperusteet. Yhdenvertaisuuslainsäädännön tulevassa uudistuksessa tämä puute tullaan mitä todennäköisimmin kuitenkin korjaamaan, sillä uudistuksen keskeisenä tavoitteena on asettaa eri syrjintäperusteet yhtä laajan oikeussuojan piiriin ja muutenkin yhtäläiseen asemaan.

Perhesuhdesyrjintä on kiellettyä samasta syystä kuin muukin syrjintä. Sen tarkoituksena on estää työntekijöiden ja työnhakijoiden erilainen kohtelu perusteella, jolla ei ole mitään tekemistä itse työstä suoriutumisen kanssa. Hakijan perhesuhteet eivät lähtökohtaisesti vaikuta mitenkään tämän kykyyn tai mahdollisuuksiin suoriutua työtehtävistään. Vaikka tietystä perhetaustasta voitaisiin ajatella olevan hyötyä tietyissä tehtävissä, esimerkiksi omista lapsista lastenhoitajana, ei tällaisen seikan vaikuttaminen ole silti sallittua vaan ko. menettely syrjisi vastaavasti lapsettomia työnhakijoita.

Sukupuolisyrjinnän tapaan myös perhesuhdesyrjinnän kohdalla tietyt lainvastaiset menettelytavat rekrytointiprosessissa muodostavat syrjintäolettan ja kääntävät edellä kuvatulla tavalla todistustaakan. Erityisesti perhesuhdesyrjinnän kannalta kiellettyjä kysymyksiä ovat kysymykset hakijan puoliosasta, lapsista tai asumismuodosta. Tällaiset tiedustelut ovat lapsisuunnitelmia koskevien kysymysten tapaan selvästi kiellettyjä,

mikäli ne eivät ole tarpeellisia haettavan työtehtävän kannalta. Yhtälailla kiellettyä on kyseisten tietojen vaikutus itse valinnassa, vaikka hakija toisikin tietoja esille omasta aloitteestaan.

Työnhakija voi tietämättömyyttään tai katsoessaan sen edulliseksi itsensä kannalta, kertoa perhetilanteestaan myös omasta aloitteestaan. Siitä huolimatta, että tieto esimerkiksi perhesuhteista tulee työnantajalle nimenomaan työnhakijalta, ei työnantajalla ole sen enempää oikeutta hyödyntää tällaista tietoa suorittaessaan valintaa hakijoiden välillä. Tietoa ei saisi hyödyntää edes hakijan eduksi, sillä tällainen voi saattaa jonkun toisen hakijan epäedulliseen asemaan. Työnhakijalähtöinen keskustelu perhesuhteista tai mahdollisista lapsitoiveista ei vielä liene kiellettyä, mutta tällöinkin työnantajaosapuolen tulee pitää huoli siitä, että hakija myös säilyy keskustelussa aloitteellisena osapuolena. Varminta olisikin selvittää asiaa myös ns. turhan avoimelle työnhakijalle. Omalla tavallaan ongelmallisia ovat työnantajalle lähetettävät työhakemukset. Työhakemuksessa esille tuotu tieto, jota työnantajalla ei ole oikeutta käsitellä, tulisi lakia täsmällisesti noudattaen periaatteessa poistaa tai hävittää.

Tietyissä tilanteissa työn luonne voinee kuitenkin sallia jopa työnantajalähtöisen tiedustelun tietyistä hakijan perheeseen liittyvistä seikoista. Esimerkiksi työn vaatiessa saman henkilön työpanosta ja työpaikan siirtyessä myöhemmin muualle voi hakijan myöhemmillä muuttomahdollisuuksilla olla merkitystä sopivan työntekijän valinnassa, ja työnantajalla siten oikeus tiedustella mahdollisesta puolisoista tai asumisolosuhteista. Lähtökohtaisesti työnantajan tulisi kuitenkin luottaa hakijan omaan arvioon omasta tilanteestaan. Niin ikään huomattavaa poliittista sitoutumattomuutta tai tiettyä puoluekantaa vaativa tehtävä voinee edellyttää kysymistä mahdollisesti kotona työnhakijaan ja hänen mielipiteisiinsä vaikuttavista henkilöistä.

Kuten jo edellä on todettu, aihepiirin mukaisissa syrjintätilanteissa harkittavaksi tulee ensisijaisesti tasa-arvolain mukainen sukupuolisyrjintä tai työsopimuslain ja yhdenvertaisuuslain mukainen perhesuhdesyrjintä. Kahden samaa sukupuolta olevan hakijan tilanteessa menettely voi tietyissä tilanteissa täyttää myös ikäsyrjinnän tunnusmerkit. Ikäsyrjintää ei kuitenkaan ole tässä yhteydessä varsinaisesti käsitelty, sillä sen kohdalla tilanne ei varsinaisesti muutu muuksi oli ikäperusteisen erilaisen kohtelun perimmäinen syy iän yhteydessä lasten saantiin tai sitten vaikkapa uskomuksessa

nuorten henkilöiden huonosta työmoraalista. Lisäksi tilanteet, joissa hakijat ovat samaa sukupuolta, ovat käsiteltävän aiheen kannalta selvässä vähemmistössä.

Se kumman käsitellyistä syrjinnän muodoista sitten voidaan katsoa soveltuvan, ratkeaa yksittäisessä tapauksessa vaikuttavien seikkojen perusteella. Esimerkiksi työhaastattelussa tehdyt kysymykset suoraan hakijan lapsisuunnitelmista toimivat sukupuolisyryjinnän näyttönä paremmin kuin kysymykset asumisolosuhteista. Syrjityn kannalta on edullista jos menettelyssä katsotaan olevan kyse sukupuolisyryjinnästä, sillä siitä voidaan tuomita työnantajan maksettavaksi erityinen hyvitysseuraamus. Sitä vastoin kärsimyskorvauksen saaminen vahingonkorvauslain perusteella perhesuhdesyrjinnästä on huomattavasti vaikeampaa ja vaatii käytännössä sen, että työnantaja tuomitaan työsyryjintärikoksesta.

Työsopimuslaki asettaa työnantajalle, joka tahallisesti tai huolimattomuudesta rikkoo tai laiminlyö työopimuslain mukaisia velvoitteitaan, velvollisuuden korvata vahinko vahinkoa kärsineelle työntekijälle tai hakijalle. Työsopimuslain vahingonkorvaussäännöksen tarkoituksena on korvata esimerkiksi syryjinnästä aiheutunut taloudellinen vahinko, eivätkä tasa-arvolain mukainen hyvitys tai vahingonkorvauslain mukainen kärsimyskorvaus ole siten sen kanssa päällekkäisiä. Työhönotossa syryjitylle aiheutuneena taloudellisena vahinkona voi käytännössä tulla kyseeseen lähinnä saamatta jääneet ansiot ko. työpaikassa. Ollakseen oikeutettu vahingonkorvaukseen edellä mainitulla perusteella syryjityn tulee kuitenkin näyttää toteen se, että hän olisi ilman syryjintää tullut valituksi tehtävään. Mikäli työnantaja kykenee esittämään riittävää näyttöä valituksi tulleen paremmasta soveltuvuudesta tehtävään ja siten valinnan oikeellisuudesta, ei syryjitty ole oikeutettu korvaukseen, jos tämä ei joka tapauksessa olisi tullut valituksi.

Työsopimuslain mukaisen taloudellisen vahingonkorvauksen ohella syryjitty voi olla oikeutettu vahingonkorvauslain mukaiseen kärsimyskorvaukseen, joka taas on hyvityksen tavoin korvausta aineettomasta vahingosta kuten syryjinnästä seuranneen loukkauksen aiheuttamasta mielihahasta. Toisin kuin työopimuslain mukainen vahingonkorvaus taloudellisesta vahingosta, korvaus kärsimyksestä on pääasiallisesti päällekkäinen mahdollisen hyvitysseuraamuksen kanssa, eikä niitä siten voi tuomita samanaikaisesti. Kuten jo useamman kerran on kuitenkin todettu, perhesuhdesyryjinnän

kohdalla hyvitys ei nykyisen lainsäädännön mukaan voi tulla tuomittavaksi, joten mahdollisuudella vahingonkorvauslain mukaiseen kärsimyskorvaukseen voi olla käytännönkin merkitystä perhesuhdesyrjinnän kohdalla.

Henkilön epäillessä tulleen syrjityksi perhesuhteidensa perusteella voi tämä neuvontaa ja ohjausta saadaksesen kääntyä työsuojeluviranomaisten puoleen. Samalla tavoin tasa-arvolaissa on annettu sille, joka epäilee tulleen syrjityksi sukupuolen perusteella, mahdollisuus kysyä neuvoja ja ohjeita tasa-arvovaltuutetulta. Tasa-arvovaltuutettu voi antaa ohjeensa kirjallisena lausuntona tai saattaa asian tasa-arvolautakunnan käsiteltäväksi, joka voi kieltää asianomaista jatkamasta tai uudistamasta menettelyä sakon uhalla. Yksittäistapauksessa tasa-arvolautakunnan ja työsuojeluviranomaisten tarjoama apu on kuitenkin melko vähäinen. Suurin merkitys lienee annetun lausunnon tai ohjeiden tuessa arvioitaessa menettelyn kielteisyyttä. Syrjityn tulee saadaksesen tasa-arvolain mukaisen hyvityksen nostaa kanne tuomioistuimessa. Tuomioistuimessa tasa-arvovaltuutetun valtuudet rajoittuvat syrjinnän kohteen avustamiseen, tällöinkin vain, jos asialla on huomattava merkitys. Kuluriskikin säilyy tällöin syrjityllä, millä on varmasti suuri merkitys harkittaessa asian jatkokäsittelyä.

Erityisesti tasa-arvovaltuutetun osalta on sanottava, että ko. viranomaisen täyttää neuvonta- ja ohjaustehtävänsä varsin hyvin. Tasa-arvovaltuutetun internetsivut ovat verrattain selkeät, syrjintäepäily pääsee suoraan etusivulta erityiselle ”epäiletkö tullee syrjityksi” –sivulle, jossa saa tietoa miten saada neuvontaa asiassa, viedä asiaansa tarvittaessa eteenpäin tai apua sen arviointiin onko oman tapauksen kohdalla kyse syrjinnästä. Tällainen ohjeistus on tärkeää, sillä kynnyksen varsinaisen yhteydenottamiseen tiettyyn tahoon on arvatenkin korkeampi kuin edellä kuvatun yksisuuntainen menettelyn. Myös yhdenvertaisuuslaista ja yhdenvertaisuudesta yleensäkin tietoa antava yhdenvertaisuus.fi-sivusto antaa hyvin tietoa esimerkiksi siitä, kuinka toimia, jos epäilee tulleen syrjityksi.

Aiemmin esitetystä voidaan havaita, että nykyinen lainsäädäntö tarjoaa ainakin teorian tasolla hyvin kattavan suojan aihepiirin mukaisissa tilanteissa. Tasa-arvolain sukupuolisyrjinnän kieltö soveltuu täysin myös syrjivään menettelyyn, jonka peruste on tulevassa vanhemmuudessa. Lisäksi perhesuhdesyrjinnän kieltö tarjoaa lisäapua

tilanteissa, joissa sukupuolisyryntä ei näytön puutteen vuoksi sovellu, vaikka todellinen syy työnantajan menettelyn taustalla olisikin hakijan sukupuoli tai siihen liittyvä syy. Tämä johtuu siitä luonnollisesta seikasta, että hakijan perhetilanne voi olla merkittävä indisio siitä, mikä on tämän todennäköisyys lastensaantiin myöhemmin.

Sekä tasa-arvolaissa että yhdenvertaisuuslaissa olevat syrjityn asemaa helpottavat säännökset niin ikään auttavat siinä, että tuomioistuimeen asti päätyvässä syrjintäasiassa työnantajalle langetettava hyvitysseuraamus ei ole vain teoreettinen mahdollisuus. Tätä vahvistaa myös aiempi oikeuskäytäntö. Sekä tasa-arvolaissa että yhdenvertaisuuslaissa olevat syrjityn asemaa helpottavat säännökset niin ikään auttavat siinä, että tuomioistuimeen asti päätyvässä syrjintäasiassa työnantajalle langetettava hyvitysseuraamus ei ole vain teoreettinen mahdollisuus. Tätä vahvistaa myös aiempi oikeuskäytäntö. Koko nykyistä syrjintälainsäädäntöä koskettavina ongelmina voidaan kuitenkin pitää lainsäädännön sekavuutta ja sitä mikä on tässäkin esityksessä useamman kerran tullut esille eli, että kaikki syrjintäperusteet eivät ole yhtä kattavan oikeussuojan piirissä.¹¹³

Yhdenvertaisuuslainsäädännön sekavuudesta ja tietyiltä osin puutteellisesta oikeussuojasta huolimatta suurin ongelma aiheen eli perhesuhteisiin perustuvan syrjinnän kannalta lienee kuitenkin se, ettei tämän tyyppinen syrjintä tule kovin helposti esille. Tapauksia ei ”viedä eteenpäin” eikä väärin toimiva työnantaja näin ollen joudu vastuuseen toimistaan. Tällaiset työnantajat voivat turvallisesti jatkaa lainvastaisia käytäntöjään, joissa mm. kysytään perhesuunnitelmista, sillä riski siihen, että joku työnhakija lähtisi kyseenalaistamaan valintaa tai esittäisi syrjintään perustuvia vaatimuksia, on joka tapauksessa melko pieni.

Yksi riskiä pienentävä tekijä on varmastikin, ettei työnhakijalla usein ole käsitystä esimerkiksi perhesuhdekysymysten ei-sallittavuudesta tai niiden merkityksestä myöhemmässä vaiheessa. Tietoisuutta työhönottoon kohdistuvista syrjimättömyyden vaatimuksista tulisi siten jollain tapaa lisätä. Yhtenä vaihtoehtona voisi hyödyntää työ- ja elinkeinotoimistojen laajaa kosketuspintaa työnhakijoihin sekä myös työnantajiin.

¹¹³ *Kuoppamäki*, s. 213

Toiseksi vaikka hakija oman sekä esimerkiksi tasa-arvovaltuutetun ohjauksen perusteella käsittäisikin tulleen selvästi syrjityksi, on kanteen nostaminen työnantajaa vastaan, varsinkin ns. vain työhönottotilanteissa, työnhakijan näkökulmasta katsoen varsin mittava toimenpide. Edellä mainitun kulluriskin ohella työnhakija joutuu tällaisessa tilanteessa harkitsemaan myös sitä minkälaisen viestin hän mahdollisesti lähettää toisille työnantajille.

Yksi mahdollisuus parantaa tilannetta voisi olla Ruotsissa sovellettava malli, jossa tasa-arvovaltuutettu voi nostaa kanteen tasa-arvoasiassa.¹¹⁴ Vaikka syrjityllä on tasa-arvovaltuutetun antaman lausunnon pohjalta parempi mahdollisuus arvioida kanteen menestymismahdollisuutta tuomioistuimessa, on oikeusprosessi usein jo ajatuksenakin raskas syrjitylle ja asian unohtaminen on kustannustenkin valossa helpompi vaihtoehto, etenkin syrjityn onnistuessa saamaan pikaisesti toisen työpaikan. Tasa-arvovaltuutetulle annettu mahdollisuus nostaa kanne ja muutamassa edellisen vuoksi käydyssä oikeudenkäynnissä työnantajan maksettavaksi tuomittu hyvitysmaksu voisivat hyvinkin saada työnantajan miettimään kahdesti syrjintäkieltojen vastaisia toimiaan. Lisäksi tasa-arvovaltuutetun nostama kanne ei saattaisi syrjittyä huonoon valoon, eikä tämä tulisi profiloituneeksi ns. hankalaksi työntekijäksi.

Edellä esitetyt parannusehdotukset painottuvat vahvasti ongelman aiheuttamien seurausten jälkikäteiseen korjaamiseen, eivätkä varsinaisesti millään tavoin kohdistu varsinaiseen ongelmaan eli siihen, että työntekijän lapsensaannista aiheutuvat kustannukset jakautuvat epätasa-arvoisesti eri työnantajien kesken. Tämä juuri aiheuttaa perusteen esityksessä kuvatulle syrjinnälle. Työ- ja perhe-elämän sovittaminen siten, että työntekijän vanhempainvapaalle jäämisen taloudellinen merkitys työnantajalle poistuisi tai vähenisi, vaikuttaisi suoraan itse ongelmaan siten, että työnantajan näkökulmasta ”tarve” tämän tyyppiseen syrjintään häviäisi tai vähenisi.

Yksi ratkaisumalli olisi korjata suoraan kustannusten jakautumista työnantajapuolella niin, että työnantajat yhdessä riippumatta työntekijöiden käyttämistä vanhempainvapaista osallistuivat kustannusten kantamiseen tietynlaisella esimerkiksi yrityksen koon mukaan määräytyvällä verotyyppisellä maksulla. Toisaalta valtio korvaa

¹¹⁴ Ahtela – Bruun – Koskinen – Nummijärvi – Saloheimo, s. 284

jo nykyisin hyvin kattavasti työnantajalle vanhempainvapaasta aiheutuvat suorat kustannukset, joten yksi mahdollisuus olisi laajentaa korvausjärjestelmä korvaamaan paremmin myös ns. epäsuoria kustannuksia. Näiden kustannusperusteisten ratkaisutapojen ongelma on kuitenkin juuri edellä kuvattujen epäsuorien kustannusten täsmällinen määrittäminen, jolloin korvausjärjestelmän rakentaminen tasapuoliseksi on vaikeaa. Lisäksi raha ei tunnetusti kasva puussa.

Yksinkertaisin, mutta ei kuitenkaan helpoin ratkaisu olisi lisätä isien roolia lastenkasvatuksessa ja sitä myöten vanhempainvapaiden käyttäjinä. Tällä olisi myös muita huomattavia laajemmalle, esimerkiksi isän ja lapsen väliseen suhteeseen, ulottuvia positiivisia vaikutuksia. Lainsäädäntö on jo hyvin pitkän ajan mahdollistanut vanhempainvapaiden jakamisen tasaisesti, tai jopa niin, että isä käyttää siitä suuremmankin osan.

Vahvan perinteen vuoksi äidin rooli kuitenkin pysyy hyvin dominoivana ja isät käyttävät edelleen alle seitsemän prosenttia kaikista vanhempainrahopäivistä, vaikka vanhempainvapaiden kehittäminen on jo parinkymmenen vuoden ajan keskittynyt isien roolin kasvattamiseen. Näin ollen ongelman korjaantumista pelkän asennemuutoksen kautta on turha odottaa, vaan se vaatii lainmuutoksen kautta tapahtuvaa uudistamista. Vanhempainvapaata koskevaa lainsäädäntöä ollaankin uudistamassa ja yhtenä laajalti kannatusta saaneena vaihtoehtona oli niin sanottu 6+6+6 –malli, jossa yksi puolivuotisjakso olisi korvamerkitty miehille.¹¹⁵ Vanhempainvapaaajärjestelmän uudistusta valmistellut työryhmä kuitenkin hylkäsi tällaisen mallin, ja uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä päädyttiinkin esittämään *vain* isyysvapaan pidentämistä, joka ei vaikuttaisi äidin pidettävissä oleviin vapaisiin.¹¹⁶ 6+6+6 –malli olisi varmasti vaikuttanut valittua uudistusmuotoa paremmin vanhempainvapaiden jakamiseen miesten sekä naisten välillä ja parantanut siten myös naisten asemaa työmarkkinoilla vähentämällä tarvetta käsiteltävän aihepiirin kaltaiseen syrjintään. Vaikka aika ei vielä ollut kypsä näin perusteelliselle uudistukselle, sellaisen aika tullee arvatenkin vielä myöhemmin, sillä nyt toteutettava uudistus ei nähdäkseni ole riittävä.

¹¹⁵ 6+6+6 –malli vanhempainvapaan uudistamiseksi. Terveiden ja hyvinvoinnin laitos, päätösten tueksi 1/2010.

¹¹⁶ HE 111/2012 vp, s. 1